Der Selbsthilfeverkauf

nach § 373 HGB. im Vergleich zum Deckungsverkauf nach § 326 BGB.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Bruno Boldt
Referendar in Ludwigslust i. M.

Rostock
Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei
1927

Referent: Universitätsprofessor Dr. Feine.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung: Die Stellung des Selbsthilfeverkaufes des § 373 HGB. und des Deckungsverkaufes des § 326 BGB. im Rechtssystem, deren Wesen und Begriff 9

B. Ausführung:

Kapitel 1: Geschichte des Selbsthilfe- und Deckungsverkaufes 18

Kapitel 2: Die materiellen Erfordernisse des Selbsthilfe- und Deckungsverkaufes 23

§ 1. Die zum Selbsthilfe- und Deckungsverkauf befugten Personen 23

§ 2. Die Gegenstände des Selbsthilfe- und Dekkungsverkaufes 26

§ 3. Die Voraussetzungen des Selbsthilfe- und Deckungsverkaufes 37

Kapitel 3: Die formellen Erfordernisse des Selbsthilfe- und Deckungsverkaufes 51

§ 1. Die Formvorschriften des Selbsthilfe- und Deckungsverkaufes im allgemeinen . . 51

§ 2. Die Einleitung des Selbsthilfe- und Dekkungsverkaufes 52

§ 3. Das Verfahren beim Selbsthilfe- und Dekkungsverkauf 66

§ 4. Der Ort des Selbsthilfe- und Deckungsverkaufes 74

§ 5. Die Zeit des Selbsthilfe- und Deckungsverkaufes 76

§ 6. Die Bedingungen des Selbsthilfe- und Dekkungsverkaufes 80

Kapitel 4: Die Wirkungen des Selbsthilfe- und Dekkungsverkaufes 82

Abteilung A: Die Wirkungen des Selbsthilfeverkaufes 82

§ 1. Die Wirkungen im allgemeinen . . . 82

§ 2. Die Stellung des Verkaufsberechtigten zur Mittelsperson 83

Seite

§ 3. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Verkaufsberechtigten und Ersteher der Kaufsache 83

§ 4. Der Einfluß auf das Ursprungsschuldververhältnis 85

Abteilung B: Die Wirkungen des Deckungsverkaufes 87

Kapitel 5: Der unrechtmäßige Selbsthilfe- und Dekkungsverkauf und deren Folgen 88

C. Schluß 96

Literaturverzeichnis.

Adler, Karl: Der Annahmeverzug des Käufers beim Handelskauf. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 71, S. 449 ff.

Brecht, Arnold: System der Vertragshaftung. Iherings Jahrbücher, Bd. 53 S. 213 ff.

Cosack, Konrad: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. 7. Auflg. 1922.

Ders.: Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Aufl. 1910.

Crome, Karl: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II; Recht der Schuldverhältnisse. 1902.

Denkschrift zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes. Berlin 1897 bei Hahn-Mugdan Bd. 6.

Dernburg, Heinrich: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, II. Bd. 1. u. 2. Aufl. 1899.

Ders.: System des römischen Rechts. Bd. II. 1912.

DJZ.: Deutsche Juristenzeitung, begründet von Laband-Stenglein-Staub, seit 1896 herausgegeben von Liebmann.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897 auf der Grundlage des BGB. 2. Auflg., II. Bd. von 1910 und III. Bd. von 1913.

Ehrenberg, Viktor: Handbuch des gesamten Handelsrechtes. IV. Bd. 1917.

Endemann, F.: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. I. Bd. 1903.

Enneccerus, Ludwig: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. i. Abt. von 1926, 2. Abt. von 1923.

Goldmann, Samuel: Das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897. I. Bd. 1901, III. Bd. 1906.

Hahn, Friedrich von: Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. II, 3. Aufl. 1879.

Heymann, Georg: Die rechtliche Natur des Selbsthilfeverkaufs beim Gläubigerverzug nach Handelsrecht vor und nach dem 1. Januar 1900. Rostocker Dissertation von 1902.

Hohenstein, Adolf: § 326 BGB. und der Abnahmeverzug des Käufers. Gruchots Beiträge Bd. 48 S. 711 ff.

Höninger, Otto: Der Selbsthilfeverkauf im Falle des Annahmeverzuges des Käufers beim Handelskauf. § 373 Abs 2 bis 5 HGB. Leipziger Dissertation 1910.

Jakobi, Ernst: Die Abnahmepflicht des Käufers. Jherings Jahrbücher, Bd. 45 S. 259 ff.

JW.: Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltvereins, seit 1872 herausgegeben von Neumann, jetzt von Magnus Dittenberger.

Kipp, Theodor: Worin besteht der Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages? Gutachten in den Verhandlungen des 27. Deutschen Juristentages. Bd. I, S. 249 ff. Berlin 1904.

Kisch, Wilhelm: Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen. Jherings Jahrbücher Bd. 44, S. 68 ff.

Kohler, Joseph: Annahme und Annahmeverzug. Jherings Jahrbücher Bd. 17 S. 261 ff.

Ders.: Der Gläubigerverzug. Archiv für bürgerliches Recht Bd. XIII. S. 149 ff.

Lachmann, Kurt: Das Deckungsgeschäft bei Verzug unter besonderer Berücksichtigung des Zeitpunktes seiner Vornahme. Breslauer Dissertation. 1923.

Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. II. Bd. 1901.

Lietzenmayer, Richard: Selbsthilfe- und Deckungsverkauf unter besonderer Berücksichtigung der oberstrichterlichen Entscheidungen. Erlanger Dissertation 1918.

LZ.: Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht. Gegründet von Düringer, Jaeger und Koenige.

Makower, F.: Das Handelsgesetzbuch mit Kommentar. I. Bd. 13. Aufl. 1906; II. Bd. 13. Aufl. 1907.

Mayr, Robert von: Worin besteht der Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages? Gutachten in den Verhandlungen des 27. Deutschen Juristentages, 2. Bd. S. 167 ff. Berlin 1904.

Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, amtliche Ausgabe, 2. unveränderte Auflage. Berlin 1896.

Müller, Paul: Die Hinterlegung zur Schuldbefreiung nach dem BGB. Jherings Jahrbücher Bd. 41 S. 411 ff.

Oertmann, Paul: Recht der Schuldverhältnisse. 3. u. 4. Aufl. 1910.

OLGR.: Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falckmann seit 1900.

Planck: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. II. Bd. 1. Hälfte 1914.
Recht, Das: Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausgegeben seit 1897 von Soergel.
Rehbein, H.: Das bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. II. Bd. 1903.
Rosenberg, Leo: Der Verzug des Gläubigers. Jherings Jahrbücher, Bd. 43 S. 141 ff.
Schollmeyer, Friedrich: Recht der Schuldverhältnisse. 1900.
Seufferts Archiv: Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten seit 1847.
Sohm, Martin: Der Selbsthilfeverkauf nach dem bürgerlichen Gesetzbuche und dem Handelsgesetzbuche. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 53 S. 79 ff.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. u. 13. Aufl., bearbeitet von Koenige, Pinner und Bondi. 1. u. 3. Bd. 1926.
Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. 7. u. 8. neubearbeitete Aufl. 1912.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Auflage 1900—1901.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549216_0042

Einleitung.

Die Stellung des Selbsthilfeverkaufes des § 373 HGB. und des Deckungsverkaufes des § 326 BGB. im Rechtssystem, deren Wesen und Begriff.

I. Der Selbsthilfeverkauf des § 373 HGB. im Rechtssystem, sein Wesen und Begriff.

Forderungsrechte sind dazu bestimmt, daß der Schuldner an den Gläubiger eine Leistung bewirkt. Wenn jener zur Leistung bereit ist, seine Befreiung von dem Schuldverhältnis aber nicht herbeiführen kann, weil es einer Mitwirkung des Gläubigers bedarf und diese nicht erfolgt, fordert das Bedürfnis des Lebens, daß dem Schuldner Möglichkeiten gewährt werden, gegen die lästigen Wirkungen einer Verlängerung des Schuldverhältnisses Vorkehrungen treffen zu können. Daher hat der Gesetzgeber in der Form von Erfüllungssurrogaten Rechtsbehelfe geschaffen. Als solche bestehen im geltenden Recht die Dereliktion von Immobilien nach § 303 BGB., die Hinterlegung nach § 372 bis 382 BGB. und § 373 Abs. 1 HGB. und der Selbsthilfeverkauf nach § 383 bis § 386 BGB. und § 373 Abs. 2 bis 5 HGB.

Von diesen Erfüllungssurrogaten fällt nur der Selbsthilfeverkauf des § 373 HGB. in den Bereich unserer Arbeit. Um aber seine charakteristischen Merkmale besonders zu kennzeichnen, empfiehlt es sich, zuweilen auf die Hinterlegung und den bürgerlichrechtlichen Selbsthilfeverkauf hinzuweisen. Während das Selbsthilfeverkaufsrecht im BGB. im Verhältnis zur Hinterlegung ein subsidiäres Recht ist, dessen sich der Schuldner nur dann bedienen kann, wenn sich die Sache zur Hinterlegung nicht eignet, und so dazu bestimmt ist, die Kargheit der Depositionsmöglichkeit auszugleichen, stehen im Handelsrecht Selbsthilfeverkauf und Hinterlegung als gleichberechtigte Institute nebeneinander,

denn alle Sachen, die Gegenstand eines Handelskaufes sein können, dürfen entweder zum Selbsthilfeverkauf gebracht oder hinterlegt werden. Ferner übt der Selbsthilfeverkauf des BGB. allein keine Wirkung auf das zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger bestehende Schuldverhältnis aus, denn erst durch die Hinterlegung des aus dem Selbsthilfeverkauf erzielten Erlöses wird eine Befreiung des Schuldners von seiner Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber herbeigeführt. Der handelsrechtliche Selbsthilfeverkauf hat jedoch schon aus sich allein die Wirkung, daß der Verkäufer von seiner Verbindlichkeit, die Ware an den Käufer zu liefern, frei wird.

Daraus, daß nach § 373 Abs. 3 HGB. der Selbsthilfeverkauf für Rechnung des säumigen Käufers erfolgt, geht hervor, daß der Verkäufer durch seine Ausübung nicht Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sondern Erfüllung verlangt [1]). Daran ändert nichts, daß er, wenn der Reinerlös den Kaufpreis nicht deckt, den Ausfall vom Käufer als Kaufpreisrest fordert, denn dieser Ausfall ist ein Teil des vereinbarten Kaufpreises [2]). Man kann nicht annehmen, daß es sich hierbei um eine Leistung handle, die inhaltlich umgewandelt sei, nämlich um Gewährung eines Schadenersatzes in Gestalt einer Ersatzleistung oder um den Ersatz eines Interesses [3]). Denn dadurch, daß der ursprüngliche Anspruch bestehen bleibt und eine wirkliche Zahlung erfolgt, unterscheidet sich der Anspruch aus § 373 Abs. 3 vom Schadensersatz wegen Nichterfüllung [4]).

Die Möglichkeit, sich der verkauften Sache durch Selbsthilfeverkauf zu entledigen, ist nur ein Recht, keine Pflicht des Verkäufers, denn § 373 Abs. 2 spricht von einer Befugnis. Er kann statt dessen die Ware hinterlegen oder behalten [5]). Selbst wenn der Selbsthilfeverkauf die zweckmäßigste Möglichkeit gewesen wäre, kann der Käufer aus dessen Säumnis keine Ansprüche herleiten [6]). Auch durch Androhung

1) Staub-Koenige Bd. 3 § 373 A. 51.
2) RG. Bd. 110 S. 129; Bd. 69 S. 125.
3) So ROHG. Bd. 9 S. 118; Bd. 16 S. 315; RG. Bd. 29 S. 63.
4) RG. Bd. 57 S. 106.
5) RG. Bd. 45 S. 302.
6) ROHG. Bd. 19 S. 343.

des Selbsthilfeverkaufes wird der Verkäufer nicht zur Vornahme und aus seiner Unterlassung nicht zum Schadensersatz verpflichtet[7]). Wenn er die Ware behält, haftet er nach § 300 Abs. 1 BGB. nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Nach Karl Adler[8]) soll sich in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes eine Strömung finden, die auf eine Pflicht zum Verkauf hindeutet. Er verweist dabei auf RG. Bd. 32 S. 64 und Bd. 36 S. 87 u. 90 (wo der Verkauf nach Verderb der Ware nicht für Rechnung des Käufers gilt) und auf RG. Bd. 40 S. 56 (wo der Verkäufer verantwortlich gemacht wird, weil die Eisenbahn als Frachtführerin verkauft hat, anstatt daß der Verkauf nach § 373 stattgefunden hat) und meint, daß damit der Satz, daß der Verkäufer überhaupt nicht zu verkaufen brauche, aufgegeben sei. Aber m. E. ist diese Folgerung nicht zutreffend. Wenn der Käufer den Selbsthilfeverkauf nicht als für seine Rechnung geschehen gelten zu lassen braucht, weil der Selbsthilfeverkauf zu spät erfolgt ist, ist damit noch nicht eine Pflicht zur Vornahme festgesetzt. Vielmehr ist damit zum Ausdruck gebracht, daß, wenn der Verkäufer den Selbsthilfeverkauf wählt, er ihn nicht zu ganz beliebiger Zeit ausüben darf, sondern ihn vor Verderb vornehmen muß[9]), so daß er andernfalls ungültig ist und der Käufer ihn nicht gegen sich gelten zu lassen braucht. Zum zweiten Fall ist zu sagen, daß der Verkäufer durch die einmal erfolgte Versendung und durch die Zurückweisung der Ware seitens des Käufers der weiteren Sorge um die Ware nicht ledig ist. Wenn er ruhig zusieht, wie sie bahnamtlich statt durch eine in § 373 HGB. aufgeführte Person versteigert wird, liegt darin eine grobe Fahrlässigkeit, für die er nach § 300 Abs. 1 BGB. einzustehen hat, so daß der Käufer den Selbsthilfeverkauf ebenfalls nicht anzuerkennen braucht.

Aus dem Dargelegten ergibt sich, daß der handelsrechtliche Selbsthilfeverkauf ein selbständiges Rechtsinstitut ist, welches sich nach den gesetzlichen Bestimmungen charakterisieren läßt als ein in bestimmten Formen auf Rechnung

---

7) JW. 1904 S. 168[8].

8) Cf. ZHR. Bd. 71 S. 487—488.

9) Cf. die Ausführungen Kap. 3 § 5 I S. 79 betreffs des Zeitpunktes.

des in Annahmeverzug befindlichen Käufers erfolgender Verkauf der aus dem Kaufvertrag geschuldeten Sache, den der Verkäufer zwecks Befreiung von seiner Verbindlichkeit vornimmt.

Zuweilen sind Versuche angestellt worden, den Selbsthilfeverkauf des § 373 HGB. unter schon vorhandene Rechtsinstitute zu bringen. Nach einer Ansicht [10]), die für den Selbsthilfeverkauf des Art. 343 Abs. 2 u. 3 ADHGB. und den des § 373 HGB. aufgestellt wurde, soll er einen Akt der Selbsthilfe darstellen, da er einen privatrechtlichen Rechtsanspruch auf Annahme des Kaufobjektes ohne Hilfe der Obrigkeit befriedige und auch das Reichsoberhandelsgericht [11]) und das Reichsgericht [12]) ihn als eine „gesetzlich autorisierte Selbsthilfe" bezeichnet hätten. M. E. liegt jedoch Selbsthilfe nach den § 229 ff. BGB. nicht vor, da diese Anspruchsverwirklichung durch erlaubte Eigenmacht, d. h. durch ein Selbsthandeln, bedeutet, wo eigentlich das Gericht tätig sein müßte, so daß sie also rechtswidrig ist. Das Selbsthilfeverkaufsrecht ist dagegen Anspruchsverwirklichung durch Selbsthandeln, das nicht widerrechtlich, vielmehr beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen stets zulässig ist.

Ferner ist von einigen Schriftstellern behauptet, der Selbsthilfeverkauf sei Geschäftsführung ohne Auftrag. Kohler ist besonders dieser Ansicht und argumentiert unter Berücksichtigung der historischen Entwicklung folgendermaßen [13]): An sich stehe dem Verkäufer die Befugnis zu, die Ware dem Verderben preiszugeben. Wenn er sie jedoch verkaufe, so gereiche dies vor allem dem Käufer zum Vorteil, wenn auch gleichzeitig dem Interesse des Verkäufers gedient werde, da er Deckung für seine Kosten erhalte. Hierin liege eine Geschäftsführung, die aber keiner Rechtfertigung bedürfe, sondern von der Rechtsordnung gebilligt sei. M. E. kann jedoch von auftragsloser Geschäftsführung keine Rede sein, da der Verkäufer durch den Selbsthilfeverkauf einzig seine eigenen Interessen verfolgen will, nämlich die lästigen Wirkungen der Fortdauer des Vertrages zu beseitigen, und ihn zur Berücksichtigung der des Käufers nur die gesetzliche

10) Cf. Georg Heymann S. 20 ff.
11) ROHG. Bd. 14 S. 331.
12) RG. Bd. 5 S. 96.
13) Arch. f. bgl. R. Bd. 13 S. 238.

Vorschrift zwingt. Abgesehen hiervon kann aber eine negotiorum gestio schon deshalb nicht vorliegen, weil der Selbsthilfeverkauf ein Recht des Verkäufers ist, während die Geschäftsführung ohne Auftrag voraussetzt, daß jemand fremde Geschäfte führt, ohne von ihm dazu beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein (§ 677 BGB.).

Auch läßt sich der Selbsthilfeverkauf nicht unter den Begriff der Verkaufskommission bringen. Zwar wird auch bei dieser ein Gegenstand im eigenen Namen auf fremde Rechnung verkauft, aber das Verkaufsrecht des Kommissionärs entsteht auf Grund eines zwischen ihm und dem Kommittenten bestehenden Vertrages, während der Selbsthilfeverkäufer kraft Gesetzes zum Verkauf berechtigt ist.

Endlich kann der Selbsthilfeverkauf auch nicht mit dem Pfandverkauf zusammengebracht werden [14]). Wenn sich auch eine äußere Aehnlichkeit darin zeigt, daß beide Rechte Kaufgeschäfte sind, die in einem wesentlich gleichartigen Verfahren vor sich gehen und die rechtliche Uebereinstimmung darin äußert, daß die Verkäufe dem Berechtigten zur Befriedigung einer Forderung dienen, so bestehen doch zwischen beiden Rechten grundsätzliche Verschiedenheiten. Einmal ist der Pfandverkauf Gläubiger-, der Selbsthilfeverkauf Schuldnerrecht und sodann kann der Pfandgläubiger kraft dinglichen Rechts über die Sache verfügen, wohingegen dem Selbsthilfeverkäufer ein solches nicht zukommt.

Aus den Erörterungen geht also hervor, daß der Selbsthilfeverkauf ein selbständiges Rechtsinstitut ist, das seinesgleichen im Rechtssystem nicht hat.

Durch das Thema werden aus der Erörterung ausgeschlossen:

1. Einige Rechtsinstitute, die äußerlich dem Selbsthilfeverkauf gleichen, aber juristisch kein Selbsthilfeverkauf sind. Hierhin gehören die Fälle, die als Notverkäufe bezeichnet werden können. Hierzu rechnet man die Versteigerung der gefundenen Sache durch den Finder, die Behörde oder die Verkehrsanstalt (§ 966 u. 979 BGB.), den Verkauf des Pfandes bei drohendem Verderb oder zu besorgender wesentlicher Minderung des Wertes (§ 1219 BGB.), die handelsrechtlichen Verkaufsrechte, die gewährt sind, dem

14) Cf. M. Sohm ZHR. Bd. 53 S. 138—140.

Verkäufer nach § 379 Abs. 2 HGB., dem Kommissionär, Spediteur und Lagerhalter bei Verderblichkeit des Gutes (§ 388 Abs. 2; 407 Abs. 2; und 417 Abs. 1) und dem Schiffer über Schiff und Ladung (§ 530, 535 ff.). Die juristische Verschiedenheit [15]) dieser Rechte vom Selbsthilfeverkauf besteht darin, daß einmal der Selbsthilfeverkäufer aus eigenem Recht vorgeht, während der Notverkäufer seine Befugnis von der Verfügungsmacht, die seinem Gläubiger zukommt, ableitet und daß sodann der Notverkauf nicht die besonderen Wirkungen äußert, die dem Selbsthilfeverkauf eigentümlich sind.

2. Die Fälle, in denen Selbsthilfeverkauf vorliegt, der aber anderen Zwecken dient oder andere Voraussetzungen hat. Hierhin rechnet man den Verkauf nach § 437 Abs. 2 und 389; 407,2; 417,1 HGB.

3. Der Deckungsverkauf, dessen Wesen und Begriff unter II. zu behandeln sind.

II. Der Deckungsverkauf des § 326 BGB. im Rechtssystem, sein Wesen und Begriff.

Der Deckungsverkauf ist in seinem Wesen vom Selbsthilfeverkauf sehr verschieden. Er ist eine Art des Deckungsgeschäftes und setzt nicht Annahme-, sondern Schuldnerverzug, also die Tatsache voraus, daß der Schuldner seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, und wird vorgenommen, nicht wenn der Gläubiger Erfüllung, sondern Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen will. Um die Zulässigkeit des Deckungsverkaufs zu begründen, ist es nötig, auf das Wesen des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung einzugehen. Unbestritten ist, daß das Recht darauf ein Geldanspruch ist. Aeußerst streitig ist jedoch, worin der Inhalt dieses Geldanspruches besteht. Er kann sowohl in dem Werte der verzögerten Leistung, dem Leistungsinteresse, als auch in dem Interesse an der Vertragserfüllung bestehen. Die erstere Ansicht vertritt die Austausch- oder Surrogationstheorie [16]). Da der Geldanspruch an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung tritt, hat der Gläubiger seine Leistung zu bewirken, wie sie versprochen war. Die zweite Ansicht wird von der

15) Cf. M. Sohm a. a. O. S. 84—85.

16) z. B. Kisch JhJ. Bd. 44 S. 68 ff.; Oertmann § 325,1; JW. 1917 S. 597; v. Tuhr DJZ. 1904 S. 759 ff.

Differenztheorie [17]) vertreten. Da nach ihr der Anspruch des Gläubigers in dem Schaden besteht, den er dadurch hat, daß der Vertrag von keiner Seite erfüllt wird, braucht der vertragstreue Teil seine Leistung nicht zu bewirken und kann als Schaden die Wertdifferenz zwischen den beiden ursprünglich geschuldeten Leistungen verlangen. Beide Theorien haben Nachteile. Durch die Differenztheorie werden die Interessen des Gläubigers nicht berücksichtigt, wenn es ihm darauf ankommt, den Gegenstand seiner Leistung los zu werden und dafür den Gegenwert zu bekommen. Aber auch die Austauschtheorie wird dem Gläubiger nicht gerecht, denn in zahlreichen Fällen, die besonders dem Großhandel eigentümlich sind, kann vom Gläubiger nicht verlangt werden, seine Gegenleistung noch bereit zu halten. Daher ist m. E. der Ansicht zu folgen, die zwischen den beiden vermittelt [18]) und dem Gläubiger darüber freie Wahl läßt, welche Theorie er seinem Anspruch zugrundelegen will. Denn dem Ausdruck „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" ist nicht zu entnehmen, ob das Leistungsinteresse oder die Wertdifferenz gefordert werden kann. Daher bestimmt sich die Natur des Schadensersatzes danach, worin im konkreten Falle der Schaden besteht. Stets kann der Gläubiger das Leistungsinteresse fordern, denn in jedem Falle erleidet er mindestens den Schaden, daß die ihm geschuldete Leistung nicht bewirkt wird. Wenn ihm aber nicht zugemutet werden kann, seine Leistung weiter bereitzuhalten, so muß ihm auch wahlweise der Differenzanspruch zustehen. Wenn sich nun der Gläubiger auf den Boden der Differenztheorie stellt, ist weiter zu untersuchen, in welcher Weise der zu ersetzende Schaden festgestellt werden soll. In der Literatur und Judikatur werden als die beiden Hauptarten der Schadensberechnung die abstrakte und konkrete Methode angewandt. Während im ersteren Falle der Marktpreis oder der sonst übliche Preis des Vertragsgegenstandes zugrundegelegt wird, berücksichtigt der zweite die besonderen Umstände des Falles. Die

17) z. B. Düringer-Hachenburg Bd. 2 Einl. A. 351 u. 278; Staub-Koenige Bd. 3 Anh. zu § 374 A. 25; RG. Bd. 50 S. 262; Bd. 58 S. 177; Bd. 61 S. 352; Bd. 96 S. 23; Bd. 107 S. 13.

18) z. B. Planck § 325, 1a; Staudinger § 325 1aγ; Ennecc. I 2 § 276 III 1.

abstrakte Schadensberechnung[19]) gehört vor allem dem Handelsrecht an und kann sowohl in der Art erfolgen, daß der Gläubiger den Unterschied zwischen dem Selbstkosten- und dem Vertragspreis verlangt[20]), wie auch dadurch, daß der Gläubiger den Preisunterschied zwischen dem vereinbarten Kaufpreise und dem niedrigeren Verkäuflichkeitspreise in Rechnung stellt[21]). Die konkrete Berechnung[22]) kommt auch für den nichtkaufmännischen Verkehr in Frage. Die Art ihrer Berechnungen sind sehr zahlreich, weil jeder Fall wieder Neues bietet. Der Verkäufer kann z. B. so vorgehen, daß er die Vorkehrungen, die er getroffen hat, um seinem Käufer liefern zu können, zugrundelegt, und den Schaden, der ihm durch Lösung dieser Rechtsbeziehungen entstanden ist, geltend macht[23]). Im Laufe der Zeiten hat sich aber eine Form der konkreten Schadensberechnung herausgebildet, die sehr häufig ist, nämlich die Form des Deckungsgeschäftes. Hierunter ist jedes Rechtsgeschäft zu verstehen, das der Gläubiger in Hinblick auf den Erfüllungsverzug des Schuldners abschließt und das ihm Ersatz für die vom Schuldner nicht gewährte Leistung sein soll[24]). Es ist bei allen gegenseitigen Verträgen möglich. Da das BGB. keine besonderen Bestimmungen über das Deckungsgeschäft enthält, ist seine Gültigkeit aus den allgemeinen Vorschriften des BGB., nämlich dem § 326, zu entnehmen. Für unsere Arbeit kommt es nur für die Geschäfte in Betracht, deren Inhalt auf die Uebertragung des Eigentums an einer Sache an den mit seiner Leistung säumigen Schuldner gerichtet ist, das sind der Kauf- bzw. der Werklieferungsvertrag, und zwar für den Verkäufer bzw. Unternehmer als Deckungsverkauf. Dieser besteht also darin, daß der Verkäufer die Ware anderweit veräußert, weil sein Käufer ihn mit der Zahlung im Stiche läßt. Der bei diesem Verkauf erlittene Ausfall ist sein Schade, den er bei ordnungsmäßiger Er-

19) Staub-Koenige Anh. zu § 374 A 29 ff., Lehmann-Ring Bd. 2 § 376 Nr. 52.

20) RG. Bd. 89 S. 283.

21) RG. Bd. 53 S. 14.

22) Staub-Koenige a. a. O. A. 30 ff.; Lehmann-Ring a. a. O. Nr. 55.

23) RG. Bd. 60 S. 346.

24) Düringer-Hachenburg Bd. 2 Einl. A. 352.

füllung nicht erlitten hätte. Während beim Selbsthilfeverkauf verschiedene Bestimmungen gelten, wenn er ein bürgerlich- oder handelsrechtlicher ist, sind die Vorschriften, da das HGB. keine besonderen Vorschriften trifft, einheitlich. Nur wenn zwischen den Kontrahenten des Handelskaufes ein Fixgeschäft vereinbart ist, gilt nach § 376 HGB. Besonderes.

Vom Standpunkte der Surrogationstheorie aus ist der Deckungsverkauf ausgeschlossen, wenn der vom Verkäufer zu liefernde Gegenstand eine Einzelsache ist, nicht dagegen, wenn er nur der Gattung nach bestimmt ist. Denn wenn auch die Leistung schon konkretisiert ist, wird man unter Berücksichtigung von Treu und Glauben dem Käufer die Befugnis absprechen müssen, Waren der gleichen Art und Güte zurückzuweisen, es sei denn, daß er ein besonderes Interesse daran hat, gerade die ausgeschiedenen Waren zu erlangen [25]).

Während der Selbsthilfeverkauf auf Rechnung des Käufers erfolgt, wird der Deckungsverkauf auf Kosten des sich Deckenden vorgenommen. Der Ausfall, den der Verkäufer bei dem Verkauf erleidet, mit den Lagerungs-, Verkaufskosten, Zinsen und Provision ist sein Schade.

Wie beim Selbsthilfeverkauf ist der Verkäufer nicht zur Vornahme des Deckungsverkaufes verpflichtet, denn er kann seinen Schaden auf jede Weise berechnen. Wenn er auch hierbei nicht das Interesse des Käufers wahrzunehmen braucht, so darf er dieses aber nicht vorsätzlich oder fahrlässig verletzen. Dieser Grundsatz ist früher in zahlreichen Entscheidungen angenommen und ergibt sich für das BGB. unmittelbar aus § 254 [26]). Da der Verkäufer hiernach das seinige in Abwendung und Minderung des Schadens tun muß, kann sich unter Umständen eine Pflicht zum Deckungsverkauf ergeben. Diese besteht aber erst, wenn der Verkäufer den Anspruch auf Erfüllung aufgegeben und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt hat [27]).

Im Gegensatz zum Selbsthilfeverkauf ist noch hervorzuheben, daß für den Deckungsverkauf keine Form vorgeschrieben ist, so daß der Verkäufer auch einen privaten Ver-

---

25) Lehmann-Ring Bd. 2 § 376 Nr. 58.
26) RG. Bd. 57 S. 107.
27) RG. Bd. 83 S. 176 ff.

kauf vornehmen kann. Es gelten ferner über Ort, Zeit und Bedingungen keine feste Regeln und es ist von der Literatur und Judikatur der Grundsatz ausgebildet, daß der Verkäufer nur nach Treu und Glauben vorzugehen hat.

Aus dem Dargelegten geht hervor, daß der Deckungsverkauf ein in bestimmten Formen oder formlos für eigene Rechnung des nichtsäumigen Gläubigers im Falle des Leistungsverzuges des Schuldners erfolgender Verkauf einer an diesen zu liefernden Sache ist, der den Zweck hat, die Grundlage des durch die Nichterfüllung des Vertrages durch den Schuldner entstandenen Schadens zu bilden.

Ausführung.

Kapitel 1: Geschichte des Selbsthilfe- und Deckungsverkaufes.

I. Geschichte des Selbsthilfeverkaufes.

Beim Suchen nach Rechtsbehelfen, um dem Schuldner die Möglichkeit zu geben, die nachteiligen Folgen des Gläubigerverzuges abzuwehren, greift ein Volk, dessen Recht sich noch im Entwicklungsstadium befindet, zuerst nach den einfachsten, die für den Gläubiger schroff und hart sind. So entstand im strengen römischen Recht die Dereliktion [28]), nach der der Schuldner berechtigt wurde, das zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu tun, was er ohne Beihilfe des Gläubigers auszuführen vermochte, nämlich den geschuldeten Gegenstand preiszugeben. Nach Dig 18, 6, 1, 3 z. B. darf der Weinhändler den Wein, der zur bestimmten Zeit nicht in Empfang genommen ist, ohne weiteres ausschütten. Als sich dann das Rechtsgefühl entwickelte, und man die Unwirtschaftlichkeit dieser Einrichtung einsah, wurde das Anwendungsgebiet des Preisgaberechts eingeschränkt und an seine Stelle die Hinterlegung gesetzt [29]). Zuerst scheint sie bei

---

28) cf. Leo Rosenberg, JhJ. Bd. 43 S. 213 ff.
29) cf. Rosenberg a. a. O. S. 220 ff.

Geldschulden [30]) Anwendung gefunden zu haben, da die Aufbewahrung von Geld für den Schuldner nicht lästig ist und ihm ohne Bedenken zugemutet werden kann. Es läßt sich aber nicht die Ansicht aufstellen, daß das Hinterlegungsrecht auf Geld beschränkt gewesen ist, denn es gibt Quellenstellen, die von der Hinterlegung von Urkunden [31]), einer Kiste [32]) und von beweglichen Sachen oder Sachen schlechthin [33]) handeln, so daß daraus der Schluß gezogen werden kann, daß alle zur Hinterlegung geeigneten Gegenstände hinterlegt werden konnten. Aber da auch hier Werte ungenutzt dalagen und sehr oft dem Verderben ausgesetzt waren und es außerdem immer noch Sachen gab, bei denen die Preisgabe das einzig mögliche Erfüllungssurrogat war, schritt man zum Selbsthilfeverkauf, bei dem der Erlös an die Stelle des Leistungsgegenstandes trat [34]). Einen Beleg für ihn finden wir in der oben angeführten Digestenstelle, wo dem Weinverkäufer empfohlen wird, bei Annahmeverzug vom Preisgaberecht keinen Gebrauch zu machen, sondern das Verpflichtungsobjekt unter Berücksichtigung der Interessen des ursprünglichen Käufers zu verkaufen, und in Cod. Just. 11, 48, 20, 2, wo der Schuldner das Recht erhält, die nicht in Geld bestehenden Früchte, die er ohne Verschulden seinem Gläubiger nicht aushändigen könne, durch eine Gerichtsperson zu verkaufen und den Erlös zu hinterlegen. Zu einer festen Ausbildung des Instituts ist es jedoch im römischen Recht nicht gekommen, da die Deposition meist ausreichte. Dem deutschen Recht war der Selbsthilfeverkauf ebenfalls bekannt, und zwar ist die Entwicklung der römischen ähnlich [35]). Unbestritten galt er im gemeinen Recht, aber zur rechten Blüte gelangte er noch nicht [36]). Sein Anwendungsgebiet war dadurch sehr eingeschränkt, daß der Schuldner nur im Notfalle verkaufen durfte, d. h. wenn er

---

30) z. B. Dig 22, 1, 1, 3; Dig 26, 7, 28, 1.
31) Dig 43, 5, 5.
32) Dig 39, 5, 31, 3.
33) Dig 16, 3, 1, 36.
34) cf. Rosenberg S. 238 ff.
35) Rosenberg a. a. O. S. 216 ff. u. 222 ff.
36) Rosenberg a. a. O. S. 239; Kohler JhJ. Bd. 17, S. 340.

wegen überwiegend eigener Interessen die Sache nicht länger aufbewahren konnte und Hinterlegung nicht möglich war. Auch war der Selbsthilfeverkauf kein selbständiges Erfüllungssurrogat, denn er diente immer als Grundlage für die spätere Hinterlegung. Von der Praxis wurde außerdem vorherige Androhung verlangt, die nur ausnahmsweise unterbleiben durfte [37]). Eine Form war nicht vorgeschrieben, doch mußte der Verkauf bona fide vorgenommen werden [38]). Endlich ist noch zu erwähnen, daß er für Rechnung des Käufers erfolgte, da der Verkäufer die Preisdifferenz, sowie den sonstigen Schaden einklagen konnte [39]). Häufige Erwähnung findet der Selbsthilfeverkauf auch in den französischen „coutumes" und im altenglischen Recht [40]). Erst als sich Handel und Verkehr, Börsen- und Maklerwesen mächtig entwickelt hatten, wurden die Grundlagen zu einem Selbsthilfeverkauf nach Treu und Glauben, der für den Schuldner leicht durchführbar ist und für den Gläubiger Sicherheiten bietet, geschaffen. So tritt er uns zuerst im A. L. R. I 11 § 218, im BGB. für Sachsen von 1863 § 757 und im Schweizerischen Obligationenrecht Art. 108 (nicht dagegen im Code civile und im oesterreichischen Gesetzbuch von 1811) entgegen. Auch in diesen Partikulargesetzgebungen erscheint der Selbsthilfeverkauf noch nicht als selbständiger Rechtsbehelf, denn in erster Linie wurde der Verkäufer auf die Hinterlegung verwiesen und nur, wenn der Verderb der Sache zu besorgen oder ihre Aufbewahrung mit großen Kosten verbunden war, durfte er zum Verkauf schreiten. In dieser Form ist er auch in die § 383 ff. BGB. übernommen worden, denn auch hier hat er nicht den Charakter eines selbständigen Erfüllungssurrogates. Vollkommen gleichberechtigt neben der Hinterlegung erscheint der Selbsthilfeverkauf in Art. 343 ADHGB. und ist so in das neue HGB. übergegangen. Die Bezeichnung „Selbsthilfeverkauf" ist zuerst im geltenden Handelsgesetzbuch angewandt worden; schon vorher war sie aber in der Wissenschaft und Rechtsprechung für die im ADHGB. geregelten Fälle gebräuchlich.

---

37) Seuff. Arch. Bd. 16 S. 45.
38) Seuff. Arch. Bd. 16 S. 44.
39) Seuff. Arch. Bd. 16 S. 44.
40) cf. Kohler Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 235—238.

II. Geschichte des Deckungsverkaufes.

Im Gegensatz zum Selbsthilfeverkauf ist der Deckungsverkauf ein sehr junges Rechtsinstitut. Da er beim Leistungsverzug des Schuldners vorgenommen wird, um dem Gläubiger als Grundlage seines Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu dienen, steht seine Geschichte im engen Zusammenhang mit der des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung. Im römischen und gemeinen Recht war der Schadensersatzanspruch des Gläubigers wegen Nichterfüllung im Falle des Schuldnerverzuges nicht bekannt, so daß auch der Deckungsverkauf nicht in Frage kommen konnte. Der säumige Schuldner hatte dem Gläubiger nur das Interesse an der rechtzeitigen Leistung zu ersetzen, d. h. er hatte zu erfüllen und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu leisten [41]). Auch I 5 § 360, 394 A. L. R. und § 919 des oesterreichischen BGB. gewähren dem Gläubiger bei Nichterfüllung seitens des Schuldners nur Erfüllung und Schadensersatz, aber diese Bestimmungen wurden doch in dem Sinne ausgelegt, daß der Gläubiger auch nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen könne, wenn die Erfüllung nicht mehr möglich oder für den Gläubiger nicht mehr von Interesse sei. So gingen diese Bestimmungen auch in die Gesetze und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, z. B. das sächsische Gesetzbuch § 721 und den bayerischen Entwurf Art. 115, 138, 120, 3, über, aber der Deckungsverkauf selbst als Grundlage der Schadensersatzberechnung war weder in den Gesetzen geregelt, noch in der Theorie und Praxis bekannt [42]). Erst die Art. 354 und 355 ADHGB. haben für den Handelskauf dem Verkäufer bei Leistungsverzug des Käufers, wenn die Ware noch nicht übergeben war, das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung unter der Bedingung zugestanden, daß er die Ware für Rechnung des Käufers im Wege des Selbsthilfeverkaufes nach Art. 343 ADHGB. veräußere. Außerdem waren nach Art. 356 zur Geltendmachung des Schadensersatzes Anzeige an den Käufer und Ablauf einer Nachfrist erforderlich. Hier ist also zum ersten Male der Deckungsverkauf gesetzgeberisch zum Ausdruck gekom-

41) Windscheid-Kipp § 280; Dernburg § 41; Dig 7, 1, 36, 2 u. 45, 1, 114.

42) cf. die Ausführungen bei von Mayr S. 172.

men, allerdings im Gegensatze zum heutigen Institut mit Fesseln behaftet, weil er für fremde Rechnung vorgenommen wurde und daher gewisser Schutzvorschriften bedurfte. Ferner konnte der Verkäufer nicht wählen, auf welche Weise er am besten zu seinem Schadensersatz kommen konnte, denn der Deckungsverkauf war ihm zur Pflicht gemacht. Dem Käufer wurde aber von der Rechtsprechung und Literatur das Recht zugesprochen, als Grundlage für seinen Schadensersatzanspruch sowohl einen Deckungskauf, der nicht durch Formen beschränkt war, vorzunehmen, als auch seinen Schaden unter Beziehung auf den Börsen- oder Marktpreis zu berechnen, also außer der konkreten noch die abstrakte Schadensberechnung vorzunehmen [43]).

Im neuen HGB. ist der Deckungsverkauf nicht geregelt und gemäß Art. 2 EG. zum HGB. ist die Frage nach seiner Zulässigkeit den Vorschriften des BGB. zu entnehmen. Da auch dieses keine Vorschrift enthält, die dem Verkäufer die Befugnis zum Deckungsverkauf bei Leistungsverzug des Käufers audrücklich beilegt, so sind die allgemeinen Bestimmungen über den Leistungsverzug bei gegenseitigen Verträgen heranzuziehen, insbesondere § 326. Dieser Paragraph ähnelt Art. 354 insofern, als auch er dem Verkäufer bei Leistungsverzug des Käufers ein dreifaches Wahlrecht zugesteht. Aber als Unterschied ist hervorzuheben, daß 1. der Verkäufer nicht gezwungen ist, den formellen Selbsthilfeverkauf zur Grundlage seines Anspruchs zu machen, der Deckungsverkauf sich vielmehr auch formlos vollziehen kann, daß 2. der Verkäufer nicht mehr verpflichtet ist, einen Deckungsverkauf vorzunehmen, sondern seinen Schaden auch auf andere Weise, z. B. abstrakt, berechnen kann [44]) und daß 3. der Deckungsverkauf nicht mehr auf den Fall beschränkt ist, daß der Käufer mit der Zahlung in Verzug ist, sondern auch bei anderen Verpflichtungen des Käufers, wenn sie sich als Hauptverbindlichkeiten darstellen, anwendbar ist.

---

43) Hahn II Art. 355; ROHG. Bd. 20 S. 242; Bd. 24 S. 106; RG. Bd. 15 S. 72, Bd. 46 S. 408.

44) cf. die Denkschrift zum Entwurf des neuen HGB. S. 218/219, nach der kein stichhaltiger Grund vorliegt, den Verkäufer anders als den Käufer zu behandeln.

Kapitel 2: Die materiellen Erfordernisse des Selbsthilfe- und Deckungsverkaufes.

§ 1. Die zum Selbsthilfe- und Deckungsverkauf befugten Personen.

I. Die zum Selbsthilfeverkauf berechtigten Personen.

Während nach § 383 Abs. 1 BGB. die Befugnis zum Selbsthilfeverkauf dem Schuldner schlechthin gegeben ist, ist sie nach § 373 HGB. nur dem Verkäufer gewährt. Gleichgültig ist, ob es sich um ein ein- oder beiderseitiges Handelsgeschäft handelt oder wer von beiden Kontrahenten Kaufmann ist (§ 345 HGB.), so daß z. B. ein Landwirt, der als Verkäufer mit einem Kaufmann zu tun hat, von der Befugnis des § 373 Gebrauch machen kann. Ferner ist unerheblich, ob letzterer Kaufmann kraft Gewerbebetriebes (§ 1 HGB.) oder kraft Eintragung in das Handelsregister (§ 2 u. 3 HGB.) oder Voll- oder Minderkaufmann (§ 4 HGB.) ist. Da nach Art. 2 EG. zum HGB. die Vorschriften des BGB. Anwendung finden, wenn im HGB. oder EG. dazu nicht ein anderes bestimmt ist, steht das Selbsthilfeverkaufsrecht außer den Kontrahenten des Kaufvertrages auch den Personen zu, auf deren Rechtsbeziehungen die Vorschriften über den Kauf Anwendung finden[45]). Dies gilt sowohl für den Tausch- (§ 515 BGB.) wie auch für den Werklieferungsvertrag über vertretbare Sachen (§ 651 BGB.). Da sich beim Tausch beide Parteien bezüglich der von ihnen versprochenen Leistungen als Verkäufer, bezüglich der ihnen zugesicherten Leistungen als Käufer gegenüberstehen, so haben beide, soweit sie die Leistung zu bewirken haben, die Rechte von Verkäufern und daher die Selbsthilfeverkaufsbefugnis. Beim Werklieferungsvertrag ist zu erwähnen, daß nur dem Unternehmer das Selbsthilfeverkaufsrecht zusteht, da er allein eine dem Verkäufer ähnliche Rolle hat und daß nach § 381 Abs. 2 HGB. die handelsrechtlichen Bestimmungen auch dann auf ihn Anwendung finden, wenn eine nicht vertretbare Sache herzustellen ist.

Da der Verkäufer seinen Verpflichtungen durch Erfüllungsgehilfen und Vertreter nachkommen kann und der Käufer Leistungen, die im Namen des Verkäufers für dessen

45) M. Sohm, a. a. O. S. 123.

Rechnung angeboten werden, nicht ablehnen darf, ergibt sich, daß diese Personen auch das Selbsthilfeverkaufsrecht ausüben können. Interessant ist die Frage, ob außer den eben aufgeführten Personen noch ein Dritter nach § 267 BGB. sich des Selbsthilfeverkaufsrechts bedienen kann. Da der Schuldner nach dem genannten Paragraphen nur dann persönlich erfüllen muß, wenn ein dahingehender erklärter oder zu vermutender Vertragswille vorliegt, was beim Kaufvertrag sehr selten vorkommen wird, kann jeder Dritte unter der Voraussetzung, daß er wirklich für den Schuldner erfüllen will, mit Einwilligung des Verkäufers dessen Leistung anbieten, den Käufer in Verzug setzen und nach § 373 HGB. vorgehen. Widerspricht der Verkäufer der Leistung, kann der Dritte das Selbsthilfeverkaufsrecht nicht ausüben, da der Käufer dann zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist (§ 267 Abs. 2 BGB.) und daher nicht in Annahmeverzug kommen kann. Wenn die Einwilligung des Verkäufers nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, kann unter Umständen Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen. Falls letzteres nicht der Fall ist, ist klar, daß jeder Dritte dem Käufer im eigenen Namen die Leistung anbieten und ihn in Verzug setzen kann. Dieser wirkt aber nur im Verhältnis des Käufers zum Verkäufer, nicht zu dem Dritten[46]), so daß letzterem die Ausübung des Selbsthilfeverkaufsrechts nicht zusteht[47]). Nur ein Dritter, der mit Zustimmung des Schuldners Zahlung anbietet, gilt im Zweifel als ermächtigt, zum Selbsthilfeverkauf zu schreiten. M. E. wird das mit Recht gefordert, denn einerseits sind Fälle möglich, wo der Verkäufer von dem Selbsthilfeverkauf des Dritten nicht nur Vorteil hat und andererseits ist die Vornahme des Selbsthilfeverkaufs keine Pflicht, sondern ein Recht des Verkäufers, das von seinem Belieben abhängig ist, so daß, wenn einem Dritten die Befugnis des § 373 eingeräumt würde, der freie Wille des Verkäufers ausgeschaltet wäre.

Was die Ausübung der Hinterlegung in solchem Falle betrifft, so stehen sich zwei Meinungen gegenüber. Auf diese Frage sei ganz kurz eingegangen, weil sich in einigen

---

46) cf. Kap. 2 § 3 I S. 41.

47) cf. Planck § 383, 1b; Staub-Koenige § 373 A. 27a; Adler a. a. O. S. 486—87.

Abhandlungen die Ansicht vertreten findet, daß Entsprechendes auch für den Selbsthilfeverkauf gelte [48]). Nach der nur selten vertretenen Theorie [49]) umfaßt das Bewirken der Leistung auch die Erfüllung durch Surrogate, so daß der Dritte immer zur Hinterlegung befugt ist, es sei denn, daß der Verkäufer widersprochen hat. Die herrschende Ansicht [50]) dagegen versagt dem Verkäufer grundsätzlich das Hinterlegungsrecht mit der Ausnahme, daß der Verkäufer zugestimmt hat. M. E. ist der letzten Theorie zu folgen, da der Ausdruck „die Leistung bewirken" dafür spricht, daß ein Dritter den Gläubiger nur durch wirkliche Erfüllung, nicht durch ein Erfüllungssurrogat, wie es die Hinterlegung ist, befriedigen darf und sich aus dem Umkehrschluß von § 268 1142, 1150, 1224, in denen den Dritten das Hinterlegungsrecht besonders eingeräumt ist, ergibt, daß im Falle des § 267 ein solches ausgeschlossen sein soll.

II. Die zum Deckungsverkauf berechtigten Personen.

Da die Vornahme des Deckungsverkaufs einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus einem zwischen Gläubiger und Schuldner abgeschlossenen Vertrage voraussetzt, steht er naturgemäß nicht einem Dritten, sondern nur dem Gläubiger zu, da dieser allein aus dem Vertrage berechtigt ist. Gläubiger in diesem Sinne kann sein der Verkäufer bzw. Unternehmer beim Werklieferungsvertrag [51]). Ein Dritter ist nur dann zum Deckungsverkauf berechtigt, wenn er als Vertreter oder Erfüllungsgehilfe des Gläubigers auftritt.

---

48) So z. B. Lietzenmayer a. a. O. S. 8—9, der mit Unrecht auf Rosenberg S. 226, 227 und Planck § 372,3 verweist, aber übersieht, daß ersterer nur von Hinterlegung spricht und letzterer im § 383, 1 b den Selbsthilfeverkauf besonders erwähnt.

49) Motive Bd. 2 S. 98; Rosenberg JhJ. Bd. 43 S. 226; Planck § 372,3.

50) z. B. Oertmann § 267 A. 6; Müller JhJ. Bd. 41 S. 423, 424; Staudinger § 267 A. 5 § 372 A. 3; Schollmeyer § 267 A. 5.

51) cf. Einleitung S. 16.

§ 2. Die Gegenstände des Selbsthilfe- und Deckungsverkaufes.

I. Die Gegenstände des Selbsthilfeverkaufes.

Während beim bürgerlichrechtlichen Selbsthilfeverkauf Gegenstand die geschuldete bewegliche Sache ist, soweit sie zur Hinterlegung nicht geeignet ist, unterstehen dem handelsrechtlichen Selbsthilfeverkauf alle Sachen, die Gegenstand des Handelskaufs sein können. Es kommen also Waren und nach § 381 Abs. 1 HGB. Wertpapiere in Betracht.

Waren sind nach § 1 Abs. 2 Ziff. 1 bewegliche Sachen, und zwar wird jede bewegliche Sache zur Ware, wenn sie den Gegenstand eines Handelsgeschäftes bildet. Waren sind hiernach [52]):

1. nur körperliche Gegenstände (§ 90 BGB.). Ausgeschlossen werden daher alle Rechte, namentlich Forderungsrechte [53]) und Immaterialgüter, wie Rechte auf Firma und Warenzeichen, Patentrechte usw.

2. Nur bewegliche Sachen, also nicht Grundstücke und deren wesentliche Bestandteile, wohl aber Zubehör (§ 97 BGB) und Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verboden sind, wie auch Gebäude oder andere Werke, die in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstück von dem Berechtigten mit dem Grundstück verbunden sind (§ 95 BGB.). Wesentliche Bestandteile sind nur dann dem Selbsthilfeverkauf zugänglich, wenn das Kaufgeschäft mit Rücksicht auf ihre künftige Trennung geschlossen worden ist, so die Steine eines auf Abbruch gekauften Hauses, Früchte auf dem Halm usw.

3. Nur umsatzfähige Sachen und

4. alle umsatzfähigen beweglichen Sachen. Der kaufmännische Verkehr versteht allerdings unter Waren nur solche Sachen, die zum Verkauf bestimmt sind und nur solange, als sie Bestandteile des Warenlagers sind. Aus dem HGB. geht aber nicht hervor, daß diese Auffassung einen gesetzlichen Niederschlag gefunden hat. Daher erstreckt sich der Selbsthilfeverkauf auch auf solche beweglichen Sachen, die nicht zum Warenlager des Verkäufers gehören oder nicht in das des Käufers fallen sollen.

---

52) cf. Staub-Bondi Bd. 1 § 1 A. 38; Ehrenbergs Hdb. Bd. 4; M. Wolff S. 7—9.

53) RG. Bd. 26 S. 45.

Wertpapiere sind Urkunden, bei denen sich die Geltendmachung des verbrieften Rechts an das Papier knüpft und dieses Recht mit dem Papier übertragen wird. Um für den Handelsverkehr geeignet zu sein, müssen sie sich leicht übertragen und sicher realisieren lassen[54]). Dies trifft nicht für Rektapapiere zu, die durch Zession übertragen werden, da sie, weil bei ihnen immer der Erwerber das Recht seines Vorgängers prüfen muß, um nicht auf Einwendungen seines Verpflichteten zu stoßen, für den Handelsverkehr ungeeignet sind, sondern nur für Inhaber-, Order- und indossable Namenspapiere[55]). Zu den Wertpapieren lassen sich so rechnen: Staatspapiere, Aktien ohne Unterschied, ob sie auf den Inhaber oder Namen lauten, oder ihre Uebertragung an die Zustimmung der Gesellschaftsorgane geknüpft ist, Wechsel, Schecks, die im § 363 HGB. aufgeführten Urkunden usw.

Die Frage, ob statt der Ware etwas anderes zum Selbsthilfeverkauf gebracht werden könne, was den Käufer berechtigt, die Ware von jemandem zu fordern, ist grundsätzlich zu verneinen. Es ist nicht zulässig, statt der Ware die Verpflichtung des Verkäufers zur Lieferung derselben[56]) oder den Anspruch auf Bezug der Ware durch einen Dritten[57]) zu veräußern.

Bei Waren, über die ein Dispositionspapier (Konnossement, Ladeschein, indossabler Lagerschein) ausgestellt ist, ist es aber möglich, dieses im Wege des Selbsthilfeverkaufes zu veräußern, wenn Annahmeverzug vorliegt, Denn das Dispositionspapier ist an sich geeignet und oft dazu bestimmt, Besitz und Eigentum der Ware auf den Käufer zu übertragen. In solchem Falle sind drei Möglichkeiten denkbar, die von Adler herausgearbeitet sind[58]), und auf die des Interesses wegen des Näheren eingegangen werden soll. Einmal ist es denkbar, daß der Käufer mit der Annahme des Papiers und mittelbar mit der der Ware im Verzuge ist. Dies tritt gewöhnlich dann ein, wenn nicht die Dokumente, sondern die Ware Gegenstand des Kaufes sind, so daß erstere

---

54) cf. Staub-Bondi a. a. O. A. 39—41.
55) RG. Bd. 40 S. 134; ROHG. Bd. 24 S. 258.
56) RG. Bd. 35, S. 3; ROHG. Bd. 8 S. 377.
57) RG. Bd. 34 S. 99.
58) ZHR. Bd. 71 S. 502/503.

nur dazu dienen, die Lieferung der Ware zu bewirken. In solchem Falle kann entweder die Ware selbst zum Selbsthilfeverkauf gebracht werden oder es können auch die Dokumente veräußert werden, aber so, daß durch sie die Ware selbst verkauft wird [59]). Zum andern kann aber auch der Kaufvertrag dahin gehen, daß schon ursprünglich nicht unmittelbar die Ware, sondern das Papier verkauft ist. Da dann der Käufer nur betreffs des Traditionspapieres in Verzug kommen kann und der Empfang der Ware den Käufer und Verfrachter bzw. Lagerhalter bzw. Reeder angeht, ist nur das Papier unmittelbarer Gegenstand des Selbsthilfeverkaufs. Schließlich kann es so liegen, daß die Papiere, nicht aber die Ware empfangen sind. Da dann kein Annahmeverzug des Käufers eintreten kann, weil der Käufer mit der Empfangnahme des Papieres den Besitz über die geschuldete Sache erhält, ist ein Selbsthilfeverkauf nicht möglich.

Hinsichtlich der verschiedenen Arten, wie die Ware geschuldet ist, sind Spezies-, Genußschuld und Alternativobligation zu unterscheiden.

Wenn eine Ware als Speziessache verkauft ist, muß die das Hauptgeschäft bildende und im Wege des Selbsthilfeverkaufs veräußerte Sache dem Stücke nach dieselbe sein [60]).

Handelt es sich dagegen um eine Gattungsschuld, d. h. um eine Leistung von Sachen, die der Verkäufer aus der ganzen Gattung auswählen darf, so ist zu untersuchen, ob es vor dem Selbsthilfeverkauf zu einer Konzentration gekommen ist oder nicht. Im letzteren Falle, der nur möglich ist, wenn es nach den § 295 und 296 BGB. keines Realangebotes bedarf, kann der Verkäufer einen Selbsthilfeverkauf über die gattungsmäßig bestimmte Ware vornehmen [61]). Allerdings ist erforderlich, daß die Ware in Besitz des Verkäufers ist oder doch wenigstens zu seiner Verfügung steht

---

59) Düringer-Hachenburg Bd. 3 § 373 A. 34; JW 1901 S. 654 Nr. 14.

60) ROHG. Bd. 2 S. 410; Bd. 21 S. 76.

61) ROHG. Bd. 21 S. 74; Bd. 22 S. 7; RG. Bd. 5 S. 66 hat sogar einen Selbsthilfeverkauf über noch zu fördernde Kohle für zulässig erklärt.

und zu jeder Zeit geliefert werden kann [62]). Ferner muß die Ware als solche beim Selbsthilfeverkauf bezeichnet sein, damit die Interessenten Aufklärung darüber erhalten, daß die im Wege des Selbsthilfeverkaufs veräußerte Sache mit der an den säumigen Käufer zu liefernden identisch ist [63]). Nach einer Ansicht [64]) soll es ferner möglich sein, den Selbsthilfeverkauf als reinen Gattungsverkauf vornehmen zu können. M. E. ist dies nicht anzunehmen, denn der Ersteher muß die Ware in Augenschein nehmen können und sich darüber klar werden, welche Ware er erwerben will [65]).

Regelmäßig verwandelt sich schon vor dem Selbsthilfeverkauf die Gattungs- in eine Speziesschuld: entweder dadurch, daß die Vertragschließenden dahin übereinkommen, es solle von nun an eine bestimmte Sache geschuldet werden oder nach § 243 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit § 300 Abs. 2 BGB., wenn der Schuldner die Sache ausgeschieden und dem Gläubiger dergestalt angeboten hat, daß dieser durch Nichtannahme in Annahmeverzug gerät und bei Schickschulden schon früher, nämlich nach § 447 BGB. mit der Absendung. Es fragt sich, ob der Schuldner nach der Aussonderung nur die spezifizierte Sache oder noch Sachen aus der Gattung zum Gegenstand des Selbsthilfeverkaufs machen kann. Die Beantwortung steht im Zusammenhang mit der Erwägung, ob die Versteigerung der aus der Gattung entnommenen Einzelsache zur Folge hat, daß der Verkäufer seinem Käufer eine andere Sache nicht mehr leisten darf. Wie hier aus Grundsätzen der Billigkeit von der allgemeinen Meinung in Literatur und Judikatur [66]) dem Verkäufer gestattet ist, die zurückgewiesene Ware im Wege des Selbsthilfeverkaufes zu veräußern und doch noch gleichartige dem Käufer anzubieten, es sei denn, daß der Käufer ein Interesse gerade an der Lieferung der abgelehnten Sache

---

62) RG. Bd. 35 S. 3, Bd. 34 S. 99; JW. 1899 S. 832 Nr. 17.

63) RG. Bd. 45 S. 30.

64) z. B. Adler a. a. O. S. 500.

65) So Staub-Koenige § 373 A. 37; RG. Bd. 45 S. 31; Bd. 34 S. 100.

66) z. B. M. Sohm a. a. O. S. 90; Enneccerus I, 2 § 230 II 2; RG. Bd. 43 S. 188.

hat, so ist die allgemeine Meinung dafür [67]), daß der Verkäufer zum Selbsthilfeverkauf regelmäßig gleichwertige Ersatzware verwenden darf und m. E. vollkommen mit Recht, denn einerseits werden die Interessen des Käufers hierdurch vollauf gewahrt und andererseits ist dies von Billigkeit für den Verkäufer, weil ein Verkauf der ausgeschiedenen Waren für ihn oft unbequem wäre. Klar ist, daß auch in dem Falle, wo der Käufer ein Interesse am Erhalten der ausgesonderten Sache hat, der Selbsthilfeverkauf mit einer anderen Sache zulässig ist, da das Interesse des Käufers regelmäßig keinen Einfluß auf die Preisgestaltung beim Selbsthilfeverkauf hat.

Wenn eine Wahlschuld, d. h. eine Schuld, bei der mehrere Leistungen derart geschuldet werden können, daß nur die eine oder die andere der mehreren Leistungen zu bewirken ist (§ 262 ff. BGB.), vorliegt, so ist die Sachlage für den Verkäufer günstig, wenn ihm das Wahlrecht zusteht, was auch im Zweifel anzunehmen ist. Dann macht er von seinem Rechte Gebrauch und schreitet zum Selbsthilfeverkauf, wenn der Käufer in Annahmeverzug gerät. Hat aber der Käufer das Wahlrecht, so kann der Verkäufer nicht ohne Gefahr das Selbsthilfeverkaufsrecht ausüben, denn es steht dem Käufer frei, eine andere Sache zu wählen und so den Selbsthilfeverkauf völlig zwecklos zu machen. Denkbar wäre es auch, daß die zur Wahl stehenden Sachen in ihrer Gesamtheit verkauft würden und der Schuldner den Erlös der Sache, die den höchsten Preis eingebracht hat, seinem Anspruch zugrundelegte [68]). Aber der Verkäufer könnte dann nur den Versteigerungserlös dieser einen Sache anrechnen. Daher tut er am besten, wenn er nach § 264 Abs. 2 BGB. das Wahlrecht auf sich überleitet; dann ist die Konzentration der Schuld möglich, und der Verkäufer kann zum Verkauf schreiten.

Die Fragen betr. der Wahlschuld sind noch zu behandeln in Hinblick auf den Spezifikationskauf des § 375 HGB.

---

67) Staub-Koenige § 373 A. 37; Lehmann-Ring Bd. 2 § 373 Nr. 28; Düringer-Hachenburg Bd. 3 § 373 A. 33; a. M. Karl Adler, nach dem dies höchstens im Interesse des Käufers geschehen darf, etwa um die Transportkosten zu ersparen (S. 500).

68) cf. Martin Sohm a. a. O. S. 90—91.

Wenn der Käufer seiner Verpflichtung gemäß spezifiziert hat, so ist die Sachlage einfach, denn dann hat der Verkäufer, wenn der Käufer in Annahmeverzug gerät, das Recht, diese Sache versteigern zu lassen. Ist jedoch der Käufer mit der Spezifikation säumig, so ist der Weg, den der Verkäufer ohne Zweifel gehen kann, folgender: Er muß die Spezifikation vornehmen und sie dem Käufer unter Fristsetzung mitteilen. Nach deren Ablauf ist die Spezifikation dem Verkäufer gegenüber maßgebend, und wenn dann der Käufer in Verzug kommt, kann der Verkäufer erst zum Selbsthilfeverkauf schreiten. Da dieser Weg schwerfällig ist und dem Verkehrsleben nicht entspricht, ist m. E. vom Reichsgericht und der Wissenschaft mit Recht eine andere Möglichkeit vorgeschlagen [69]). Da die Vornahme der Spezifikation als eine Handlung des Käufers im Sinne von § 295 BGB. anzusehen ist, gerät der Käufer, wenn er vergeblich dazu aufgefordert ist, in Verzug. Dies gibt dem Verkäufer dann das Recht, die Ware mit Spezifikationsbefugnis für den Erwerber im Wege des Selbsthilfeverkaufes zu veräußern.

Was die Menge der im Wege des Selbsthilfeverkaufs veräußerten Waren betrifft, so steht dem Verkäufer auch das Recht zu, mehr als die dem Käufer geschuldete Quantität zu verkaufen oder andere Ware mitzuverkaufen, aber diese anderen Waren gehen natürlich nicht auf Rechnung des Käufers. Wenn aber durch das vermehrte Angebot das Ergebnis zu Ungunsten des Käufers beeinflußt wurde, braucht der Käufer den Selbsthilfeverkauf nicht gegen sich gelten zu lassen [70]).

Ob der Verkäufer weniger als die geschuldete Leistung verkaufen darf, hängt von der Frage ab, ob ein Gläubiger Teilleistungen annehmen muß. Da nach § 266 und 294 BGB. der Gläubiger Teilleistungen nicht anzunehmen braucht, ist der Verkäufer grundsätzlich nicht zum Selbsthilfeverkauf

---

69) RG. Bd. 43 S. 102—103; Staub-Koenige § 375 A. 16; M. Sohm a. a. O. S. 129.

70) Staub-Koenige a. a. O. A. 37 am Ende. A. A. Adler a. a. O. S. 501, nach dem die Gefahr des Preisdruckes durch das vermehrte Angebot den Verkäufer nicht hindern braucht, seine Ware zu veräußern, und lediglich Treu und Glauben eine Schranke bilden sollen.

von Teilen der Kaufsache berechtigt [71]). Eine Ausnahme gilt, wenn im Kaufvertrage vereinbart ist, daß der Käufer Teillieferung annehmen muß, wie beim Sukzessivlieferungsvertrag. Wenn hier der Käufer mit der Annahme der einen Lieferung in Verzug ist, dann kann sie zum Verkauf gestellt werden [72]). Der Selbsthilfeverkauf von Raten bez. derer noch kein Annahmeverzug eingetreten ist, ist aber ungültig, wenn durch den Verkauf der zu großen Menge der Preis gedrückt oder die Interessen des Käufers benachteiligt sind [73]). Befindet sich der Käufer bezüglich aller Raten in Annahmeverzug, so kann der Selbsthilfeverkauf entweder wieder als Sukzessivlieferungsgeschäft vorgenommen werden, oder es können die Raten einzeln verkauft werden. Möglich ist auch, daß abgemacht wird, daß die ganze Menge auf einmal zu liefern und zu zahlen ist; denn dies ist zuweilen, z. B. beim Kauf ab Abruf, wenn der Käufer wegen des Abrufs der ganzen Menge in Verzug gekommen ist, sehr zweckmäßig [74]). Nur darf durch den Verkauf der großen Menge dem Zwecke des Selbsthilfeverkaufes nicht zuwidergehandelt und dürfen die Grundsätze von Treu und Glauben nich außerachtgelassen werden. Auch ohne Vorliegen eines Sukzessivlieferungsvertrages können Teilleistungen Gegenstand des Selbsthilfeverkaufes sein, wenn mehrere Gegenstände verschiedener Art ohne Gesamtpreis in der Weise verkauft sind, daß sie kein einheitliches Geschäft bilden [75]). Ja, sogar wenn auch letzteres nicht vorliegt, wenn es sich um Teile eines durch ein Geschäft gekauften Postens handelt, kann es so liegen, daß getrennter Selbsthilfeverkauf für einzelne Teile der allein gebotene Weg ist [76]). Dies ist z. B. der Fall, wenn die Menge der Sachen so groß ist, daß nicht alles an einem Tage verkauft werden oder wenn durch getrennten Verkauf ein höherer Preis erzielt werden kann. Zu berücksichtigen ist jedoch, daß bevor nicht die ganze Menge, mit deren Annahme der Käu-

71) ROHG. Bd. 24 S. 358; RG. Bd. 4 S. 8.

72) JW. 1904 S. 90 Nr. 8.

73) JW. 1901 S. 846 Nr. 29.

74) JW. 1904 S. 90 Nr. 8; Braunschweig OLGR. Bd. 28 S. 375.

75) Hamburg HGZ. 1909, 210.

76) cf. Staub-Koenige § 373 A. 36 a.

fer säumig ist, verkauft ist, der Unterschied zwischen dem ursprünglichen Kaufpreis und dem Erlös nicht festgestellt und der Ausfall nicht bestimmt werden kann, so daß die einzelnen Verkäufe wieder als eine Einheit erscheinen.

Die schwierige bestrittene Frage, wie es ist, wenn eine fremde Sache vom Käufer zum Selbsthilfeverkauf gebracht wird, spielt im BGB. eine große Rolle. Im Handelsrecht ist sie nach § 373 von nebensächlicher Bedeutung und zwar infolge des Wesens des Kaufvertrages [77]). Da dieser den Verkäufer zur Uebereignung einer Sache an den Käufer verpflichtet und zum Selbsthilfeverkaufsrecht Leistungsbereitschaft bezüglich der Eigentumsübertragung gehört, ergibt sich, daß der Verkäufer dann nicht leistungsbereit ist, wenn er nicht aus sich selbst zur Eigentumsverschaffung fähig ist und daß daher nicht Eigentumsrechte Dritter an der Kaufsache bestehen können. Nur der Fall ist möglich, daß der Käufer bereits Eigentümer ist; wenn z. B. beim Distanzkauf der Käufer den Ladeschein erhalten hat, so ist er nach § 450 HGB. bereits Eigentümer der gekauften Ware geworden. Der Verkäufer ist nur noch zur Besitzverschaffung verpflichtet, aber auch hierbei kann der Käufer in Annahmeverzug geraten, so daß der Verkäufer die schon dem Käufer gehörende Ware verkaufen kann. Es ist aber hierbei immer zu berücksichtigen, daß die Verpflichtung zur Uebertragung sich als eine aus dem zugrundeliegenden Kauf ergebende Leistung darstellen muß, denn nur beim Annahmeverzuge des K ä u f e r s entsteht die Verkaufsbefugnis. Wenn also der Käufer nach § 930 BGB. Eigentümer der Ware geworden ist und dann bezüglich der Uebertragung des unmittelbaren Besitzes in Verzug gerät, greift das Selbsthilfeverkaufsrecht nicht Platz, denn hier ist Schuldgrund der Uebergabe nicht mehr der Kauf, sondern das Rechtsverhältnis, das dem constitutum possessorium zugrunde liegt, z. B. ein Verwahrungs-, Mietvertrag usw.

II. Die Gegenstände des Deckungsverkaufes.

Während, wie wir sahen, Gegenstand des handelsrechtlichen Selbsthilfeverkaufes nur Waren und Wertpapiere sein können, können dem Deckungsverkauf alle Gegenstände

77) cf. Martin S o h m a. a. O. S. 130—131.

unterbreitet werden, wenn es sich um Geltendmachung des aus der Nichterfüllung eines Kaufvertrages nach BGB. entstandenen Schadens handelt, also auch Grundstücke und Rechte (§ 433 BGB.). Wenn sich dagegen das Grundgeschäft als ein Werklieferungsvertrag oder ein Kauf nach HGB. darstellt, bewendet es bei dem über den Gegenstand des Selbsthilfeverkaufs Ausgeführten.

Die Frage, ob statt des geschuldeten Gegenstandes etwas anderes durch Deckungsverkauf veräußert werden darf, ist wie beim Selbsthilfeverkauf zu behandeln.

Was die verschiedenen Arten, wie der Gegenstand geschuldet ist, betrifft, so kann ebenfalls auf das beim Selbsthilfeverkauf Ausgeführte verwiesen werden. Falls also die Sache eine spezielle ist, dann muß gerade sie verkauft werden. Wenn es sich dagegen um eine Gattungssache handelt, wird, da in der Regel vor Ausführung des Deckungsverkaufs keine Spezialisierung eingetreten ist, der Verkäufer einen Deckungsverkauf über die gattungsmäßig bestimmte Sache vornehmen. Wenn aber schon vorher eine Konkretisierung eingetreten ist, fragt es sich, ob wie beim Selbsthilfeverkauf eine andere Sache der Gattung verkauft werden darf. Man wird diese Befugnis dem Gläubiger zugestehen können, da die Spezialisierung ein interner Vorgang bei ihm ist, von dem der Schuldner meistens keine Kenntnis hat. Aber auch wenn dem Schuldner die Umwandlung bekannt sein sollte, muß der Gläubiger das Recht haben, eine andere Sache aus der Gattung zu veräußern, da es unbillig wäre, ihm aus der Vornahme der Spezialisierung, zu der er nicht verpflichtet war, Nachteile, die für den Schuldner keine Vorteile bieten, herleiten zu wollen.

Auch im Hinblick auf solche Sachen, die der Gläubiger aus einer Alternativobligation leisten muß, ist der Deckungsverkauf möglich, und zwar entweder so, daß sie in ihrer Gesamtheit verkauft werden oder so, daß der Gläubiger eine Konzentrierung auf eine vornimmt und dann zum Deckungsverkauf schreitet. Wenn der Gläubiger noch nicht das Wahlrecht besitzt, muß er es, wie beim Selbsthilfeverkauf erst auf sich überleiten, da sonst der Deckungsverkauf auf seine Gefahr und Kosten geht, wenn der Schuldner nachher die nichtverkaufte Sache wählt.

Wenn beim handelsrechtlichen Spezifikationskauf die Spezifikation schon vorgenommen ist, liegt die Sache einfach, denn dann unterliegen die spezifizierten Waren dem Dekkungsverkauf. Aber auch, wenn eine Spezifizierung noch nicht eingetreten ist, muß man dem Verkäufer den Deckungsverkauf unter der Bedingung gewähren, daß der Verkauf der Ware im ganzen erfolgt und so die Spezifikationsbefugnis auf den neuen Käufer übergeht. Dem Verkäufer wird man das Spezifikationsrecht nicht gewähren können, da seine Ausübung den Interessen des Käufers leicht zuwiderlaufen würde. Wenn verkauft ist, ohne daß dem Käufer dieses Recht eingeräumt ist, so ist der Verkauf zwar nicht nichtig, aber er darf nicht dem Schadensersatzanspruch des Verkäufers zugrunde gelegt werden. Es sind vielmehr die Preise zu berücksichtigen, die erzielt sein würden, wenn mit Spezifikationsbefugnis verkauft wäre.

Wenn der Gläubiger mehr Sachen verkauft, als womit der Schuldner im Verzug ist, muß er das Teilquantum dem Schadensersatzanspruch zugrunde legen, und zwar zu dem Preise, der für das ganze Quantum erzielt ist. Wenn die Preise in diesem Falle niedriger sind, als sie es gewesen wären, wenn nur das Teilquantum verkauft wäre, so muß der Schuldner den Schaden tragen, wenn das Verhalten des Verkäufers Treu und Glauben entspricht, wenn er z. B. nur die größere Menge los werden konnte. Nur wenn der Verkäufer in der Absicht, den Käufer zu schädigen, ein größeres Quantum verkauft hat, hat der Verkäufer die Differenz auf sich zu nehmen.

Weniger als die zu liefernde Menge darf der Gläubiger nicht verkaufen, da sonst keine geeignete Grundlage zur Schadensersatzberechnung vorhanden wäre. Aber er braucht sie nicht mit einem Male zu veräußern, sondern kann sie in verschiedenen Teilen losschlagen, wenn so ein besseres Ergebnis zu erwarten ist.

Wenn der Schuldner den Kaufpreis ratenweise zu zahlen hat, so braucht der Gläubiger, wenn er einen Deckungsverkauf vornehmen will, nicht so lange zu warten, bis der Schuldner mit sämtlichen Raten in Verzug ist, sondern er kann die Waren, mit deren Bezahlung der Schuldner gerade

säumig ist, verkaufen [78]). Auch dann kann der Verkäufer sich auf eine Rate beschränken, wenn z. Zt. des Deckungsverkaufs schon mehrere Raten fällig sind oder sogar der Schuldner mit ihrer Bezahlung in Verzug gekommen ist [79]), denn es würden Verwickelungen entstehen, wenn der Verzug bezüglich weiterer Raten auf die Geltendmachung des Schadensersatzes aus den vorherigen Einfluß gewönne. In der Wissenschaft und Rechtsprechung wird dem Gläubiger auch das Recht eingeräumt, den Deckungsverkauf auf die übrigen Raten auszudehnen, wenn der Schuldner hinsichtlich der ersten Rate in Verzug ist. Es herrscht aber Streit, wann ihm diese Befugnis zusteht. Nach einer Meinung [80]) steht sie dem Gläubiger immer zu. Eine andere Ansicht [81]), die davon ausgeht, daß der Verzug mit der einzelnen Teilleistung infolge der Selbständigkeit der Ratenleistung grundsätzlich nur Partialverzugsfolgen habe, räumt dem Gläubiger dieses Recht nur dann ein, wenn die Erfüllung des ganzen Vertrages für ihn kein Interesse habe. Aus wirtschaftlichen Gründen macht diese Ansicht noch geltend, daß, wenn grundsätzlich dem Gläubiger die Wahl zustände, ob er Schadensersatz wegen Nichterfüllung hinsichtlich der fälligen oder auch der noch nicht fälligen Zahlungen verlangen könne, ihm ermöglicht würde, auf Kosten seines Schuldners zu spekulieren. M. E. ist der ersten Ansicht beizutreten, und zwar aus folgenden Gründen:

1. Beim Sukzessivlieferungsgeschäft liegt ein einheitlicher Vertrag vor, der auf eine Leistung gerichtet ist, die nur die Besonderheit hat, daß sie in mehreren Abschnitten zu erfüllen ist. Wenn daher der Schuldner mit der Bezahlung der ersten Rate in Verzug ist, kann ihm vom Gläubiger die Ablehnung der ganzen Leistung angedroht werden.

---

78) RG. Bd. 17 S. 61; Düringer-Hachenburg Bd. II Einltg. A. 391.

79) RG. Bd. 53 S. 166.

80) RG. Bd. 58 S. 419; Bd. 61 S. 130; Staub-Koenige Anh. z. § 374 A. 136; Müller in Gruch. Beitr. Bd. 50 S. 518 ff.

81) Düringer-Hachenburg Bd. 2 Einltg. A. 391 bis 400; Jakobi in Gruch. Beitr. Bd. 50 S. 232, 238.

2. Praktisch ist die abgelehnte Ansicht nicht zu verwerten, weil der Gläubiger schwer erkennen kann, ob er an der teilweisen Erfüllung noch ein Interesse hat oder nicht. Wenn der Zahlungsverzug des Schuldners auf Geldmangel beruht, wird er regelmäßig kein, wenn dagegen auf anderen Umständen wird er ein Interesse an der teilweisen Erfüllung haben, aber was von beiden vorliegt, wird er schwerlich in Erfahrung bringen können.

Es kann auch vorkommen, daß der Schuldner die ersten Raten ordnungsgemäß gezahlt hat, dann aber in Verzug gerät. Auch hier kann der Verkäufer noch einen Deckungsverkauf vornehmen, aber nur wegen des vom Käufer noch nicht erfüllten Teiles, es sei denn, daß die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat. Hat der Verkäufer bei einem Sukzessivlieferungsgeschäft alle Waren verkauft, obgleich der Käufer nur hinsichtlich einzelner Raten in Verzug ist, so muß er bei der Geltendmachung seines Schadens in Erwägung ziehen, daß der Preis für die späteren Raten erst später zu bezahlen ist [82]).

Die Frage, ob der Verkäufer einen nicht in seinem Eigentum stehenden Gegenstand verkaufen kann, ist dahin zu beantworten, daß dies nach dem Wesen des Deckungsverkaufes nur möglich ist, wenn der Verkäufer als gesetzlicher Vertreter oder Bevollmächtigter oder Geschäftsführer ohne Auftrag über den Gegenstand verfügt hat. Eine dem Käufer gehörige Sache dem Deckungsverkauf zu unterstellen, ist ausgeschlossen, da die Verpflichtung des säumigen Käufers die Gegenleistung für die Uebereignung der Sache durch den Verkäufer ist.

§ 3. Die Voraussetzungen des Selbsthilfe- und Deckungsverkaufes.

I. Die Voraussetzung des Selbsthilfeverkaufes: Der Annahmeverzug.

Das Recht des Verkäufers zum Selbsthilfeverkauf entsteht, wenn der Käufer mit der Annahme der Ware in Verzug ist. Da das HGB. keine besonderen Regeln über den Gläubigerverzug enthält, kommen die Vorschriften der §§ 293 ff. BGB. zur Anwendung. Der Annahmeverzug be-

82) Staub-Koenige Anhg. zu § 374 A. 139.

steht darin, daß der Käufer nicht annimmt, obwohl der Verkäufer zur Leistung imstande und bereit ist, daß der Käufer es also an der zur Erfüllung des Vertrages von seiner Seite aus erforderlichen Mitwirkung fehlen läßt.

A. Voraussetzungen auf der Verkäuferseite:

1. Der Verkäufer muß imstande sein, die Ware zu liefern [83]). Ist der Verkäufer z. Zt. des Angebots oder zu der Zeit, zu der der Käufer kalendermäßig bei der Erfüllungshandlung mitzuwirken hätte, nicht dazu imstande, so kommt nach § 297 BGB. der Käufer nicht in Verzug [84]). Aus der Fassung dieser Bestimmung geht hervor, daß der Käufer den Mangel des Leistungsvermögens zu beweisen hat. Für die Anwendung des § 297 ist es gleichgültig, ob die Unfähigkeit des Verkäufers zur Leistung auf objektiver oder subjektiver Unmöglichkeit beruht. Z. Zt. des Angebots braucht der Verkäufer noch nicht unmittelbar leistungsbereit zu sein, aber die zu liefernde Ware muß sich im allgemeinen im Besitze des Verkäufers befinden oder wenigstens zu seiner Verfügung stehen. Zu Verfügung steht sie aber auch, wenn die wörtlich angebotene Ware jederzeit auf dem Markte bereitsteht und der Verkäufer sie jederzeit vom Markt entnehmen kann [85]), oder wenn der Verkäufer weder Besitzer noch Eigentümer der Ware ist, falls er nur mit einem Dritten einen Vertrag geschlossen hat, wonach dieser verpflichtet ist, ihm Besitz und Eigentum zu übertragen [86]). Natürlich muß dieser Dritte liefern können, was der Fall ist, wenn er die Ware zur Disposition des Verkäufers hält, also dann nicht, wenn der Abnahme beim Dritten Hindernisse im Wege stehen oder wenn der Dritte die Ware nicht vorrätig hat [87]). Beim Gattungskauf braucht die Ware noch nicht ausgeschieden zu sein, wenn nur der Verkäufer jederzeit die Konzentration vornehmen kann [88]). Hervorzuheben ist noch, daß der Verkäufer sein Leistungsvermögen nicht da-

---

83) cf. Staub-Koenige § 373 A. 15; Düringer-Hachenburg Bd. 3 § 373 A. 1.

84) RG. Bd. 103 S. 14.

85) RG. Bd. 103 S. 15; Bd. 50 S. 260.

86) RG. Bd. 34 S. 98; Bd. 29 S. 66.

87) RG. Bd. 33 S. 95 u. 97.

88) Rosenberg JhJ. Bd. 43 S. 186; RG. Bd. 45 S. 30.

durch verwirkt hat, daß er beim Gattungsverkauf die ausgesonderte Ware nach Eintritt des Verzuges verkauft, aber doch auf Zahlung des Kaufpreises besteht, wenn er sich jederzeit gleichartige Ware auf dem Markte verschaffen kann und der Käufer kein Interesse daran hat, die konkretisierte Ware zu erhalten [89]). Wir sehen so, daß in der Literatur und Rechtsprechung die Tendenz besteht, die Erfordernisse der Leistungsbereitschaft zu erleichtern, weil man dem Schuldner keine zwecklosen Vorbereitungen zumuten kann.

2. Der Verkäufer muß berechtigt sein, die Ware zu liefern.

Nach § 271 BGB. darf, wenn für die Leistung eine Zeit weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen ist, der Verkäufer seine Leistung bewirken, sobald die Forderung entstanden ist. Wenn ein Termin vereinbart ist, so ist er im Zweifel auch vor der Fälligkeit zur Lieferung berechtigt. Wenn die Leistungszeit unbestimmt oder der Schuldner berechtigt ist, vor der bestimmten Zeit zu leisten, kann vom Käufer nicht verlangt werden, daß er jederzeit zur Annahme bereit ist. Daher bestimmt § 299, daß in solchem Falle dem Käufer eine vorübergehende Behinderung nur dann nachteilig ist, wenn der Verkäufer ihm die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat. Wenn der Schuldner trotz vollzogener Ankündigung nicht am angekündigten Zeitpunkt leistet, dann verliert die Ankündigung ihre Wirksamkeit.

3. Der Verkäufer muß bereit sein, die Leistung zu bewirken [90]).

Diese Erfüllungsbereitschaft muß regelmäßig durch ein tatsächliches Angebot erfolgen (§ 294), also beim Gattungskauf durch Realoblation der ausgeschiedenen Sache. Die Ausscheidung kann auch bei einem Dritten geschehen; nur muß der Käufer auf das Angebot hin bloß zuzugreifen brauchen, um die bestimmte Sache zu bekommen [91]). Ein wörtliches Angebot, bloße Bereiterklärung zur Erfüllung, genügt nur: a) wenn der Käufer im Voraus erklärt hat, daß

89) Staub-Koenige § 373 A. 15a.

90) Staub-Koenige § 373 A. 11 ff.; Düringer-Hachenburg § 373 A. 2—5.

91) RG. Bd. 109 S. 328.

er die Ware nicht annehmen werde und b) wenn zur Bewirkung der Leistung des Verkäufers eine Handlung des Käufers erforderlich ist. (§ 295.) Ein Hauptfall für die zweite Alternative ist der, daß der Käufer zur Abholung der Ware verpflichtet ist. Außer diesem im Gesetze besonders hervorgehobenen Fall der Hohlschuld gehören hierher auch die Fälle, in welchen bei einem alternativen Schuldverhältnis dem Gläubiger das Wahlrecht zusteht, und die Spezifikationskäufe des § 375 HGB. Die Aufforderung an den Gläubiger, die erforderliche Handlung vorzunehmen, steht dem Angebote der Leistung gleich. § 295 befreit den Verkäufer nur von einem tatsächlichen, nicht von einem Angebot überhaupt. Zweifelhaft ist, ob eine Verbaloblation schlechthin unerläßlich sei. M. E. wird man das wirkliche Angebot nur als genügend, nicht als ausnahmslos bezeichnen dürfen [92]). Weder Real- noch Verbaloblation sind erforderlich, wenn für die zur Bewirkung der Leistung des Verkäufers erforderliche Handlung des Käufers ein nach dem Kalender bestimmter oder zu berechnender Zeitpunkt festgesetzt ist und der Käufer die Handlung nicht rechtzeitig vornimmt (§ 296).

Ferner muß die Ware so angeboten werden, wie sie zu liefern ist. Sie muß also zunächst von vertragsmäßiger Beschaffenheit sein, denn vertragswidrige Ware kann der Käufer zurückweisen, es sei denn, daß die Vertragswidrigkeit völlig unbedeutend ist. Ferner tritt kein Annahmeverzug ein, wenn die zu liefernde Ware nicht vollständig angeboten ist, da der Käufer Teilleistungen zurückweisen darf (§ 266 BGB.). Wenn zuviel angeboten wird, tritt für die fällige Leistung Verzug ein, wenn sie ausgeschieden werden kann und kein untrennbares Ganzes vorliegt [93]).

Nötig ist ferner, daß das Angebot der richtigen Person gemacht wird, also dem Käufer persönlich oder dessen zur Annahme legitimierten Vertreter (§ 164 Abs. 3 BGB.). Streit besteht darüber, ob einem gewillkürten Stellvertreter, der nur ermächtigt ist, die Leistung mit befreiender Wirkung für den Gläubiger anzunehmen, angeboten werden kann, oder ob der Schuldner dies nur dann wirksam tun kann, wenn auch

92) cf. Oertmann § 295,3; Seuff. Arch. Bd. 60 Nr. 104.
93) RG. Bd. 4 S. 9.

er ermächtigt ist, an den Vertreter zu leisten. Es ist m. E. der letzteren Ansicht zuzustimmen[94]), da die Vollmacht nach § 167 BGB. sowohl durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden als auch gegenüber dem Schuldner erfolgen kann und daher dieselbe Wirkung hat, ob sie in der einen oder anderen Weise erteilt ist. Es kommt daher lediglich auf den Umfang der Vollmacht an, ob zugleich eine Ermächtigung zur Leistung erteilt ist, was im Zweifel anzunehmen ist, oder ob nur die Vollmacht zur Annahme gegeben war.

Sodann muß das Angebot von der richtigen Person ausgehen. Da gemäß § 267 BGB. bei vertretbaren Leistungen, was regelmäßig beim Kauf-, nicht dagegen beim Werklieferungsvertrag der Fall ist, jeder Dritte leisten kann, ist im allgemeinen jeder zum Angebot des Geschuldeten in der Lage und der Käufer kommt, wenn er die Leistung nicht annimmt, in Verzug. Aber nicht dem Dritten„ sondern dem Schuldner gegenüber, für den der Dritte angeboten hat[95]). Bei Ablehnung kommt der Käufer nur dann nicht in Verzug, wenn der Verkäufer der Leistung des Dritten widersprochen hat. Hervorzuheben ist, daß die Erleichterungen des § 295 betreffs des wörtlichen Angebots dem unbeteiligten Dritten nicht zustattenkommen können, weil dem Käufer nicht zuzumuten ist, sich mit einem Dritten über die Ausführungen von Handlungen, die er vorzunehmen hat, einzulassen[96]). Dies ergibt sich außerdem aus dem Wortlaut des Gesetzes, denn während § 295 von einem Angebot des Schuldners spricht, redet § 293 von einem Angebot schlechthin. Ist ein Angebot nicht möglich, ist nach einer Ansicht[97]) zum Eintritt des Verzuges ein vergeblicher Versuch des Angebots genügend. Da sich diese Meinung mit dem Sinne des Gesetzes nicht deckt, ist m. E. öffentliche Zustel-

94) z. B. Planck § 293,3d; Staudinger § 293,1b; Staub-Koenige § 373a 14c Mitte.

95) Staudinger § 293,2; § 267,3; Staub-Koenige § 373 A. 27a.

96) Staudinger § 295,4.

97) z. B. Planck § 294,2; Kohler Arch. f. bürg. R. Bd. 13 S. 199.

98) z. B. Rosenberg JhJ. Bd. 43 S. 160; Staub-Koenige § 373 A. 14c.

lung des Angebots nach § 203 ZPO. und 132 Abs. 2 BGB. zu erwirken [98]).

Endlich muß das Angebot am rechten Ort, d. h. am Erfüllungsort, erfolgen. Hierbei sind Treu und Glauben [99]) ausschlaggebend, so daß ein Angebot am unrichtigen Ort, das für den Käufer vorteilhafter war, nicht in Betracht kommt [100]).

B. Voraussetzung auf der Käuferseite:

Es ist das Nichtannehmen und ist allein erheblich [101]). Früher war Verschulden bei der Nichtannahme zum Eintritt des Gläubigerverzuges nötig. Aber da sich herausstellte, daß darin eine Härte für den Schuldner lag, steht das BGB. auf dem Standpunkt, daß die Motive, auf denen das Nichtannehmen beruht, unerheblich sind. Nur eine bloß vorübergehende Verhinderung an der Annahme bewirkt nach § 299 unter besonderen Voraussetzungen keinen Verzug. Nicht ist erforderlich, daß die Erklärung des Gläubigers eine ausdrückliche Ablehnung enthält, wenn sie auch die Regel bildet. Die ausdrückliche Nichtannahme erfolgt entweder dadurch, daß der Käufer im voraus erklärt hat, er werde die Ware nicht annehmen oder daß er die abgenommene Ware zur Verfügung stellt. Dem Nichtannehmen der Ware stehen gleich, wenn der Käufer die ihm angebotene Ware zwar annehmen will, jedoch die geschuldete und vom Käufer verlangte Gegenleistung seinerseits nicht anbietet (§ 298), wenn der Käufer die erforderliche Mitwirkungshandlung unterläßt, z. B. nicht bei der Ausscheidung der Gattungsware, wenn sie im Verzuge vorgesehen war, mitwirkt und wenn über die Ware ein Verfügungspapier ausgestellt ist und vom Käufer nicht angenommen wird, vorausgesetzt, daß dessen Ausstellung vereinbart und daß das Papier vor der Ware dem Käufer überlassen werden sollte [102]).

Zur Mitwirkung bei der Erfüllung des Kauf- bzw. Werklieferungsvertrages ist auf Seiten des Käufers bzw. Bestellers außer der Annahme der Leistung noch Abnahme der

---

99) JW. 1899 S. 261 Nr. 15.

100) RG. Bd. 50 S. 211.

101) Staub-Koenige § 373 A. 1 ff.; Düringer-Hachenburg § 373 A. 7 ff.

102) RG. Bd. 43 S. 102 ff.; Staub-Koenige § 373 A. 8.

Sache erforderlich (§ 433 Abs. 2 BGB.), und es fragt sich, wie sich beide zueinander verhalten. Nach herrschender Ansicht [103]) sind Annahme und Abnahme voneinander zu scheiden. Eine andere Ansicht bestreitet dagegen [104]), daß man dieselbe Sache annehmen könne, ohne sie abzunehmen und umgekehrt, da beide Begriffe dasselbe bedeuteten. Der Unterschied zwischen ihnen ist nach ihr nur ein sprachtechnischer, da Abnahme ein engerer Begriff als Annahme sei und nur bei körperlichen Sachen gebraucht werde. Sie umfasse aber nicht nur die körperliche Wegnahme, sondern alles was dazu gehöre, um den Schuldner zu befreien. Während im allgemeinen keine Pflicht zur Annahme bestehe, sei sie ausnahmsweise beim Kaufvertrag aufgestellt, wo dann die Bezeichnung Abnahme gebraucht werde. Wenn also der Käufer trotz der für ihn bestehenden Pflicht zur Abnahme die Sache nicht an sich nimmt, so kommt er hiernach, falls die Nichtannahme auf einem von ihm zu vertretenden Umstand beruht, in Schuldner- wie in Annahmeverzug. Die herrschende Ansicht, der m. E. beizutreten ist, betont jedoch, daß Annahme und Abnahme etwas Verschiedenes sind. Die Annahme ist ein Rechtsgeschäft und entspricht der dem Käufer obliegenden Uebergabe der Sache. Sie bedeutet die tatsächliche Entgegennahme der Leistung zugleich mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung des Käufers, daß die angebotene Leistung die geschuldete sei. Durch sie wird die Beweislast hinsichtlich der Erfüllung verschoben, denn wenn angenommen ist, hat der Käufer zu beweisen, daß nicht vertragsgemäß geliefert ist (§ 363 BGB.). Durch die Uebergabe und Annahme wird in der Regel auch der dingliche Vertrag der Eigentumsübertragung geschlossen. Die Abnahme besteht dagegen darin, daß der Käufer die Sache tatsächlich in seine Verfügungsgewalt übernimmt. Sie ist die rein körperliche Hinwegnahme der Sache und entspricht der Ablieferung auf der Verkäuferseite. Annahme

---

103) cf. Rosenberg JhJ. Bd. 43 S. 259; Düringer-Hachenburg Bd. 3 Anm. 78 u. 79 und § 373 A. 7; Lehmann-Ring § 373 Nr. 5 u. Carl. Lehmann in DJZ. 1902 S. 491; RG. Bd. 56 S. 117 ff.

104) cf. Adler ZHR. Bd. 71 S. 456 ff.; Staudinger § 293,3; Cosack 1 § 192 II 2.

und Abnahme sind so in ihrem Wesen grundverschieden, was sich auch in den Folgen zeigt. Während der Käufer durch Nichtabnahme in Schuldnerverzug gerät, da sie eine Pflicht seinerseits darstellt, und sich für allen Schaden verantwortlich macht, der aus der Pflichtverletzung entsteht, kommt der Käufer durch Nichtannahme lediglich in Gläubigerverzug, der die Befugnis zum Selbsthilfeverkauf auslöst.

II. Die Voraussetzung des Deckungsverkaufs: Der Schuldnerverzug.

Im Gegensatz zum Selbsthilfeverkauf entsteht das Recht des Verkäufers zum Deckungsverkauf, wenn der Käufer mit der ihm obliegenden Leistung in Verzug ist, wenn er also seinen Verpflichtungen als Schuldner nicht nachkommt. Das hier zu Behandelnde ist daher von dem unter I dieses Paragraphen Betrachteten völlig verschieden.

Unbestritten ist, daß zu der dem Käufer bzw. Besteller obliegenden Leistung beim Kauf- bzw. Werklieferungsvertrag Zahlung des Kaufpreises bzw. der Vergütung zu verstehen ist. Aber es ist sehr streitig, ob auch die Verpflichtung zur Abnahme der Sache, die in § 402,2 u. 640,1 BGB. aufgestellt ist, unter den Begriff der dem Käufer bzw. Besteller obliegenden Leistung fällt, ob also der Verzug mit der Abnahme die besonderen Folgen des Verzuges bei gegenseitigen Verträgen nach sich zieht.

Hervorgehoben sei, daß der Verzug des Käufers in Erfüllung dieser Pflicht nicht als teilweise Nichtbewirkung im Sinne von § 326 Abs. 1 Satz 3 anzusehen ist und so die Folgen teilweiser Nichterfüllung nicht Platz greifen. Denn teilweise Erfüllung bedeutet nicht, daß von zwei verschiedenartigen Verpflichtungen die eine erfüllt wird, sondern sie liegt nur da vor, wo eine Verpflichtung z. B. der Menge, dem Maße nach nicht vollständig erfüllt wird, so wenn der Käufer nicht den ganzen Kaufpreis zahlt [105]). Bestärkend für diese Ansicht wirkt noch 1. die Analogie von § 323 Abs. 1 BGB., da sich die Minderung der Gegenleistung entsprechend dem ausbleibenden Teil, die den Regeln der Minderung

105) Staub-Koenige Anh. zu § 374 A. 163; a. A. Planck § 326,4 c, nach dem aber der Mißbrauch für die unberechtigte Anwendung des § 326 dadurch verhindert wird, daß Wegfall des Interesses am ganzen Vertrag vorliegen muß.

beim mangelhaften Kaufvertrag untersteht, nur auf die Nichterfüllung der Menge nach beziehen kann und 2. die Unmöglichkeit der Berechnung der Minderung des Kaufpreises, wenn der Käufer mit der Abnahme in Verzug ist.

Ferner sei erwähnt, daß auf die Meinung [106]), die die Anwendung § 326 schlechthin bestreitet, da die Abnahme seitens des Käufers keine Schuldnerleistung, sondern nur eine Handlung sei, durch die er seine Gläubigerverpflichtung erfülle, nicht eingegangen zu werden braucht. Diese Ansicht wird jetzt kaum noch vertreten und ist nicht richtig, da der Anspruch auf Abnahme zweifellos ein klagbarer und vollstreckbarer ist, der durchaus selbständig neben dem Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises besteht.

Was nun die Beantwortung unserer Frage betrifft, so sind einige Schriftsteller der Ansicht [107]), daß die Abnahmepflicht eine dem Käufer bzw. Besteller obliegende Leistung darstelle, da sie dem gesetzlichen Typus des Kaufs- bzw. Werklieferungsvertrages wesentlich und so eine aequivalente Hauptverpflichtung des Käufers sei. Die Folge ist, daß an ihre Nichterfüllung die besonderen Folgen des Verzuges beim gegenseitigen Vertrag geknüpft sind. M. E. ist der anderen Ansicht [108]) zu folgen, nach der die Bestimmungen des § 326 nur in dem Falle zur Anwendung kommen, daß der Käufer mit der Leistung im Verzuge ist, die sich als eigentliche Gegenleistung für die Leistung des Verkäufers darstellt, d. h. mit der Zahlung des Kaufpreises. Die Abnahmepflicht ist aber keine selbständige Pflicht des Käufers für die Gegenleistung des Verkäufers, sondern stellt nur eine Ver-

---

106) Kohler Arch. f. bürg. R. Bd. 13 S. 174 ff.; Jakobi JhJ. Bd. 45 S. 288.

107) z. B. Düringer-Hachenburg Bd. 3 Einltg. A. 153, 154; Crome II § 215,4 u. 5; Endemann § 159,3 A. 24; Rosenberg JhJ. Bd. 43 S. 261 ff.; die Verfasser des HGB. in § 375, indem sie dem Verkäufer, wenn der Käufer mit der Spezifikation, die nur graduell von der Abnahme verschieden ist, säumig ist, wahlweise die Rechte aus § 326 gaben.

108) z. B. Oertmann § 326,3e; Staudinger § 326, III 2a; Staub-Koenige Anh. zu § 374 A. 160 ff.; Hohenstein Gruch. Beitr. Bd. 48 S. 720 ff.; Wendt Arch. z. Pr. Bd. 100 S. 126/127; RG. Bd. 101 S. 429 ff.; Bd. 92 S. 268 ff.; Bd. 57 S. 109; JW. 1924 S. 811 Nr. 20.

minderung der dem Verkäufer obliegenden Verpflichtung zur Leistung dar. Nur wenn der Käufer mit seiner Hauptverpflichtung, die sich mit der Gegenleistung des Verkäufers bedingt, in Verzug ist, ist es gerechtfertigt, diesem die weitgehenden Rechte aus § 326 zu gewähren. Den Bedürfnissen des Verkehrs und der Gerechtigkeit würde es z. B. nicht entsprechen, daß der Käufer, wenn er nicht rechtzeitig für genügend Lagerräume gesorgt hat und daher in Abnahmeverzug kommt, den Deckungsverkauf des Verkäufers gegen sich gelten lassen muß. Zur Stütze dieser Meinung kann ferner noch angeführt werden, daß die Bestimmung des § 326 BGB. auf den Art. 354 ADHGB. zurückgeführt wird und für diesen unbestritten angenommen wurde, daß der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises und nicht mit einer Nebenverpflichtung in Verzug sein mußte. Auf den Abnahmeverzug finden daher nur die allgemeinen Regeln über den Verzug oder die Unmöglichkeit der Erfüllung (§ 286 und 280 BGB.) Anwendung. Diese von mir vertretene Theorie macht aber auch der ersteren Zugeständnisse insofern, als sie anerkennt, daß unter besonderen Umständen die Abnahmepflicht zur Hauptverpflichtung werden und so zur Anwendung des § 326 führen kann. Dies ist besonders der Fall, wenn sich die Kontrahenten darüber einig sind, oder wenn aus dem Inhalt des Geschäfts hervorgeht, daß die Abnahme als Aequivalent gedacht ist [109]).

Dieselben Grundsätze sind maßgebend für sonstige Nebenverpflichtungen, die beim Kaufvertrag sehr häufig sind [110]). Ihre Nichterfüllung zieht also in der Regel nur die Verzugsfolgen nach den allgemeinen Regeln nach sich. Wenn sie aber ein Teil der Hauptverbindlichkeit sind, was auf Gesetz oder Vertrag beruhen kann, treten die besonderen Folgen des Verzugs beim gegenseitigen Vertrag ein. Letzteres ist z. B. der Fall, wenn der Käufer die Ware abzurufen oder im Seeverkehr abzuladen hat.

Der Schuldnerverzug ist in den §§ 284 ff. BGB. geregelt. Hiernach ist erforderlich, daß der Käufer auf eine Mahnung

---

109) RG. Bd. 101 S. 430; LZ. 1922 S. 117 Nr. 4.

110) Staub-Koenige Anh. zu § 374 Anm. 167 u. 168; Düringer-Hachenburg Bd. III Einltg. A. 156 u. 139.

des Verkäufers, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, nicht leistet. Voraussetzung ist also:

1. Fälligkeit des Anspruchs: Vor der Fälligkeit gibt es keinen Verzug, selbst wenn der Käufer erklärt hat, er werde zur Verfallzeit nicht zahlen. Der Anspruch ist fällig, wenn der Verkäufer die Bewirkung der geschuldeten Leistung verlangen kann, d. h. nach § 271 BGB: wenn keine Zeit bestimmt ist, sofort, wenn dagegen ein Termin vereinbart wurde, im Zweifel nicht vor ihm. Fälligkeit liegt aber nicht vor, solange dem Käufer eine verzögerliche Einrede gegen den Anspruch zusteht, denn von Verzug kann nicht gesprochen werden, wenn der Käufer die Leistung verweigern darf [111]). Besonderheiten ergeben sich, wenn der Kaufpreis Zug um Zug gegen Lieferung der Ware zu zahlen ist. Ohne Zweifel wird er dann fällig, wenn der Verkäufer dem Käufer derart tatsächlich anbietet, daß dieser Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises die Ware ausgeliefert erhalten kann. Nach in der Wissenschaft und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen [112]) tritt aber Fälligkeit auch schon dann ein, wenn der Käufer im voraus erklärt hat, er werde die Ware nicht annehmen und der Verkäufer sie ihm wörtlich angeboten hat oder wenn der Käufer bei der Erfüllung mitzuwirken und der Verkäufer ihm die Ware wörtlich anbietet oder zu der ihm obliegenden Leistung vergeblich auffordert. Es gilt hiernach also der Grundsatz, daß bereits Annahmeverzug die Fälligkeit herbeiführt.

2. Mahnung: Sie ist keine Willenserklärung, sondern eine „Rechtshandlung" [113]), d. h. die erlaubte Aeußerung eines geistigen Vorgangs, die Rechtswirkungen, auch ohne darauf gerichtet zu sein, hervorbringt. Von einer Willenserklärung unterscheidet sie sich dadurch, daß sie keine neuen Rechtsverhältnisse schafft, vielmehr Ausübungshandlung eines schon vorhandenen Rechts ist und daß ihre Rechtswirkungen nicht durch den Parteiwillen, sondern durch das Gesetz bestimmt werden. Da diese „Rechtshandlungen" aber fast immer im Bewußtsein ihrer Rechtswirkungen vorgenommen

111) cf. Oertmann § 284,1; Staudinger § 284 I,1.

112) cf. die Ausführungen bei Staub-Koenige Anh. zu § 374 Anm. 8—10.

113) So Enneccerus I 2 § 274 II u. I 1 § 128 III 2; Oertmann § 284,2a; a. M. Staudinger § 284 I 2a.

werden, sind die Vorschriften über Willenserklärungen, soweit die übereinstimmende Natur entscheidend ist, analog anzuwenden. Die Mahnung wird daher besonders als empfangsbedürftig im Sinne von § 130 ff. BGB. angesehen werden müssen.

An eine Form ist die Mahnung nicht gebunden; sie braucht auch nicht ausdrücklich zu geschehen, sondern kann durch konkludente Handlungen erfolgen. Nur muß sie für ihre Zwecke geeignet sein, also dem Käufer Zeit zur Nachholung des Versäumten lassen und in bestimmter und unzweideutiger Form gehalten werden, so daß deutlich hervorgeht, ob der Verkäufer sofort oder zu einer bestimmten späteren Zeit Erfüllung seiner Forderung beansprucht. Ferner darf die Mahnung nicht widerspruchsvoll sein; andernfalls ist sie ohne Wirkung. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Mahnende den Vertrag angefochten hat [114]).

Bestritten ist, ob die auf einen zu hohen Betrag gerichtete Mahnung wirksam ist. Die herrschende Meinung [115]) geht dahin, daß sie Gültigkeit für den wahren Betrag ausübt, wenn die Zuvielforderung gering ist oder wenn auch eine Mahnung auf den wahren Schuldbetrag nichts gefruchtet hätte. Ist sie auf weniger als das Geschuldete gerichtet, so wirkt sie regelmäßig nur für den geforderten Betrag, weil der Käufer sie als Mahnung zur Teilleistung auffassen darf. Doch wirkt sie auch für den höheren, wenn der Verkäufer erweislich im Irrtum über die Höhe des Anspruchs handelte [116]). Wenn in der Mahnung der Schuldgegenstand unrichtig angegeben ist, z. B. die Zahlung des Kaufpreises zu anderer Zeit oder am anderen Ort, so müssen m. E. Treu und Glauben ausschlaggebend sein [117]). Läßt die Mahnung deutlich erkennen, welcher Anspruch gemeint war und wie erfüllt werden soll, bleibt der Käufer verpflichtet, unter den vereinbarten Bedingungen seiner Verpflichtung nachzukommen [118]).

---

114) RG. Bd. 75 S. 333 ff.

115) z. B. Oertmann § 284,2 d β; Planck § 284,4 b α; Staudinger § 284 I 2 b α; Dernburg Bd. 2 § 71,2 c; LZ. 1912 S. 542 Nr. 14.

116) cf. Planck § 284,4 b α; Oertmann § 284,2 d β.

117) Staub-Koenige Anh. zu § 374 A. 15 a.

118) JW. 1924 S. 1137 Nr. 1; LZ. 1910 S. 547 Nr. 12.

Die Mahnung darf erst nach Eintritt der Fälligkeit erfolgen, wie ausdrücklich hervorgehoben ist. Ist für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt der Käufer ohne Mahnung in Verzug, wenn er nicht zu der bestimmten Zeit leistet (§ 284,2). In der Literatur und Rechtsprechung ist ferner anerkannt, daß eine Mahnung dann überflüssig wird, wenn der Käufer nach Fälligkeit des Anspruchs bestimmt erklärt hat, er werde nicht zahlen [119]). Während anfangs diese Anschauung damit begründet wurde, daß der Käufer sich durch seine Erklärung selbst in Leistungsverzug setze und auf eine Mahnung verzichte, sieht man hierin jetzt eine positive Vertragsverletzung [120]). Die Sachlage bei der Weigerung vor Fälligkeit ist im Zusammenhang mit der Einleitung des Deckungsverkaufes auf S. 60 zu behandeln. — Der Mahnung stehen die Erhebung der Klage auf Leistung und die Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren gleich (§ 284 Abs. 1 S. 2).

3. Unentschuldigtes Ausbleiben der Leistung: Das Ausbleiben ist schon entschuldigt, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den der Schuldner zu vertreten hat. Was der Käufer zu vertreten hat, bestimmt sich nach den §§ 276 bis 279 BGB.: also Vorsatz und Fahrlässigkeit seiner selbst, seines gesetzlichen Vertreters und der Person, deren er sich zur Erfüllung bedient und sein Zahlungsunvermögen, denn der Mangel an Zahlungsmitteln, wenn auch unverschuldeter, schützt nie vor den Folgen des Verzuges [121]). Unkenntnis des Käufers über den Bestand der Schuld, solange sie nicht auf Fahrlässigkeit beruht, läßt ihn nicht säumig sein [122]). Wie aus der Fassung des § 285 hervorgeht, trifft den Verkäufer nicht die Beweispflicht dafür, daß die Leistung unentschuldigt ausgeblieben ist, vielmehr muß der Käufer den Entschuldigungsgrund dartun.

Nach Art. 354 ADHGB. war eine weitere Voraussetzung

---

119) Staub-Koenige a. a. O. Anm. 16; Düringer-Hachenburg Bd. 2 Einl. A. 296; Enneccerus I 2 § 278 Id; RG. Bd. 53 S. 12; jetzt auch Planck § 284,6 cβ.

120) cf. die Ausführungen auf S. 59.

121) RG. Bd. 75 S. 337.

122) Staudinger § 285,3; Oertmann § 285,3.

für die Vornahme des Deckungsverkaufes, daß die Kaufsache dem Käufer noch nicht übergeben war. Nach BGB. wird indes durch die Uebergabe der Ware das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht berührt [123]). Aber streitig ist, wie sich dieser Anspruch im Falle der Nichtstundung des Kaufpreises gestaltet. Nach der einen Ansicht [124]), die von dem Zustande ausgeht, wie er besteht, ist der Verkäufer in diesem Falle nicht berechtigt, seine Leistung zurückzufordern, sondern er kann nur den Schaden geltend machen, der ihm dadurch erwachsen ist, daß der Käufer ihm nicht die geschuldete Leistung bewirkt hat. Eine andere Ansicht [125]) erklärt dagegen, daß dem Verkäufer ein Rückforderungsrecht zukomme. Nach ihr wird das Recht auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung in ein Recht auf Vernichtung der Erfüllungsansprüche und -verbindlichkeiten aufgelöst und durch einen Schadensersatzanspruch ersetzt. Da also von keiner Seite geleistet werden soll, muß das, was von der einen Seite schon geleistet ist, da der rechtliche Grund weggefallen ist, nach § 812 Abs. 1 BGB. herausgegeben und vom Schaden dessen Wert abgezogen werden. M. E. betont dagegen Staub mit Recht, daß der Grund gerade nicht weggefallen ist, sondern daß der ganze Vertrag sich gewandelt hat, so daß er sich auf einen Schadensersatzanspruch beschränkt. Diesen kann der Verkäufer abstrakt oder konkret berechnen. Aber im letzteren Fall kann er ihn nur auf solche Verluste stützen, die ihm die Nichtzahlung des Kaufpreises gebracht hat; nicht ist er dagegen berechtigt, einen Deckungsverkauf vorzunehmen, denn die Ware gehört ja dem Käufer. Wenn der Kaufpreis gestundet ist, tauchen keine Zweifel auf. Da § 454 BGB. bestimmt, daß in diesem Falle der Verkäufer ein Rücktrittsrecht nicht hat, folgt daraus, daß er, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend macht, die Sache nicht zurückfordern kann. Auch nach BGB. ist also die Vornahme des Deckungsverkaufes nach der Uebergabe der Ware ausgeschlossen.

---

123) Denkschrift zum HGB. S. 219 ff.

124) Staub-Koenige, Anh. zu § 374 A. 117.

125) Ritter, Arch. f. bürg. R. Bd. 32 S. 485; Schöller Gruch. J. Bd. 44 S. 632 ff.

Kapitel 3: Die formellen Erfordernisse des Selbsthilfe- und Deckungsverkaufes.

§ 1. Die Formvorschriften im allgemeinen.

Die Formvorschriften des Selbsthilfe- und Deckungsverkaufes stehen neben den materiellen Erfordernissen. Sie sind vom Gesetze, von der Rechtsprechung und Wissenschaft aufgestellt, damit vor, während und nach dem Verkaufsverfahren in ordnungsmäßiger Weise vorgegangen wird. Bei großer Gewährung von Freiheit sollen sie Bürgschaft für eine gerechte Durchführung bieten. Wie sich aus den weiteren Ausführungen ergeben wird, ist einerseits die Zahl der Vorschriften für den Deckungsverkauf geringer als für den Selbsthilfeverkauf und hat andererseits ihre Nichtbeachtung für ersteren weniger strenge Wirkungen als für den letzteren zur Folge. Da die Formvorschriften nicht zwingenden Charakters sind, können die Parteien durch Vereinbarung abweichende Bestimmungen treffen. Da diese auch stillschweigend getroffen werden können, kann sie sowohl aus konkludentem Verhalten des Käufers [126]) als auch aus Handelsgebräuchen [127]) hervorgehen. Zu beachten ist aber, daß eine Vermutung für den Verzicht des Käufers auf die Beobachtung der Formvorschriften nicht besteht und Schweigen des Käufers auf die Mitteilung von Abweichungen im Regelfalle nicht als Genehmigung aufzufassen ist. Ein stillschweigendes Verhalten genügt nur dann, wenn bei anderer Auslegung die Handlungsweise des Käufers gegen Treu und Glauben verstoßen würde, z. B. wenn der Verkäufer den Käufer um Nachricht gebeten hat, falls er in die Abweichung nicht willigen sollte und nach der zwischen ihnen bestehenden Geschäftsverbindung eine Antwort erwartet werden konnte [128]).

---

126) cf. ROHG. Bd. 19 S. 92; Bd. 20 S. 24 betr. des Selbsthilfeverkaufs.

127) RG. in JW. 1903 Beilage 6 betr. des Selbsthilfeverkaufs.

128) cf. Düringer-Hachenburg Bd. 3 § 373 A. 37.

§ 2. Die Einleitung des Selbsthilfe- und Deckungsverkaufes.

I. Die Einleitung des Selbsthilfeverkaufes.

Dem handels- wie dem bürgerlichrechtlichen Selbsthilfeverkauf muß eine Androhung vorausgehen (§ 384 Abs. 1 u. 3 und 385 BGB.; § 373 Abs. 2 HGB.). Ihr Zweck geht dahin, den Käufer von der Absicht des Verkäufers, einen Selbsthilfeverkauf vorzunehmen, in Kenntnis zu setzen und ihm Gelegenheit zu geben, entweder den Annahmeverzug zu beseitigen, indem er die Ware jetzt noch annimmt oder wenigstens dafür zu sorgen, daß die Ware zu seinem Vorteil veräußert wird, indem er z. B. selbst als Bieter auftritt oder andere zum Bieten veranlaßt. Der Verkäufer muß daher nach Absendung der Androhung mit dem Selbsthilfeverkauf noch solange warten, bis die verkehrsübliche Frist verstrichen ist, innerhalb deren mit einer Antwort vom Käufer zu rechnen ist[129]).

Nur ausnahmsweise kann die Androhung unterbleiben, wenn sie untunlich ist. Untunlichkeit bedeutet nicht Unmöglichkeit, da die Androhung nie unmöglich ist, weil der Verkäufer selbst bei Unkenntnis des säumigen Käufers immer noch nach § 132 Abs. 2 BGB. vorgehen kann. Unter den Gründen, die die Untunlichkeit herbeiführen, hebt das Gesetz einen hervor, nämlich den, daß die Ware dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist, während die übrigen Fälle unter „anderen Gründen" zusammengefaßt werden.

Es herrscht kein Einverständnis darüber, wann ein Ausnahmefall für die besonders hervorgehobene Alternative vorliegt. Von einer Ansicht wird behauptet[130]), daß in allen dringenden Fällen, wo zur Abwendung eines Schadens ein Selbsthilfeverkauf sofort vorgenommen werden müßte, die Androhung unterbleiben könne, so z. B. auch bei Befürchtung eines starken Preissturzes, wenn der Verkäufer besorgen muß, daß der Käufer ihm für den Ausfall nicht die nötige Sicherheit bieten kann. M. E. geht diese Meinung zu weit und es ist der Ansicht[131]) zuzustimmen, nach der:

---

129) ROHG. Bd. 19 S. 293; Bd. 23 S. 170.

130) z. B. Düringer-Hachenburg Bd. 3 § 373 A. 21; Lehmann-Ring Bd. 2 § 373 Nr. 20.

131) z. B. Staub § 373 A. 32.

1. eine nahe Gefahr des Verderbens vorliegen muß. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Ware infolge ihrer Beschaffenheit dem Verderben ausgesetzt ist, so daß bloße persönliche Verhältnisse des Käufers nicht genügen.

2. die Ware dem Verderb ausgesetzt sein muß. Verderb liegt nur vor, wenn die objektive Brauchbarkeit zerstört ist, z. B. Lebensmittel verfaulen, nicht wenn eine andere Entwertung eintritt, z. B. durch sinkende Preiskonjunkturen. Ferner wird man fordern müssen, daß der Verderb eine völlige oder doch sehr erhebliche Entwertung, nicht nur ein Schlechterwerden zur Folge hat, so daß z. B. Rosten des Eisens kein Verderb ist [132]).

Die anderen Gründe der Untunlichkeit können sehr verschieden sein. Mit Recht rechnet man hierunter den Fall, daß die Adresse des Käufers garnicht oder nur mit ungewöhnlichen Schwierigkeiten zu ermitteln ist [133]).

Hervorzuheben ist, daß nur die vorgängige Androhung unterbleiben darf, die übrigen Erfordernisse des Selbsthilfeverkaufs aber erfüllt werden müssen [134]). Der Verkäufer handelt, wenn er den Selbsthilfeverkauf ohne Androhung vorgenommen hat, auf eigne Gefahr, denn es besteht die Möglichkeit, daß der Richter die Gründe nicht für stichhaltig erachtet.

Wenn die vorgängige Androhung unterblieben ist, ohne daß dem Verkäufer ein Rechtfertigungsgrund zur Seite steht, so braucht, wie in Kap. 5 des näheren ausgeführt ist, der Käufer den Verkauf nicht gegen sich gelten zu lassen. M. E. ist jedoch in dem Falle, wo der Käufer in zulässiger Weise auf anderem Wege Nachricht darüber erhalten hat, daß ein Selbsthilfeverkauf auf seine Rechnung vorgenommen werde, die fehlende Androhung ausgeglichen. Diese Auslegung wird von der Billigkeit gefordert, denn wenn der Käufer in zuverlässiger Weise den bevorstehenden Selbsthilfeverkauf erfährt, so wird damit wie durch die gewöhnliche Androhung der Zweck, den Käufer noch ein letztes Mal zu mahnen, erreicht.

---

132) cf. Staub-Koenige § 373 A. 32. Nicht ganz so weitgehend Karl Adler a. a. O. S. 497.

133) cf. Staub-Koenige a. a. O.

134) RG. Bd. 5 S. 97.

Die Androhung ist wie die Mahnung eine „geschäftsähnliche Handlung", auf die aber die Vorschriften über Willenserklärungen analoge Anwendung finden[135]). Die Frage, in welchem Zeitpunkt die Androhung wirksam wird, richtet sich also nach den §§ 130 bis 132 BGB. Wenn z. B. der Brief, der die Androhung enthält, unterwegs verloren geht, ist die Androhung nicht zugegangen und, da so keine Androhung erfolgt ist, ist der Verkäufer nicht berechtigt, einen Selbsthilfeverkauf vorzunehmen, auch wenn er von dem Nichtzugehen keine Kenntnis hat[136]). M. E. ist jedoch in diesem Falle der Ansicht zu folgen, die die Androhung als mit der Absendung bewirkt ansieht, so daß der Käufer die Gefahr der Ankunft zu tragen hat[137]). Rechtfertigen läßt sich diese Ansicht 1. aus Billigkeitsgründen, weil der Käufer den Verzug veranlaßt hat, 2. aus wirtschaftlichen Gründen, weil andererseits die wirtschaftliche Bedeutung des Selbsthilfeverkaufs in Frage gestellt würde, denn bei Untätigkeit des Käufers erfährt der Verkäufer nicht, ob die Androhung seinem Kontrahenten zugegangen ist und weiß daher nicht, da beim Fehlen der Androhung der Käufer den Selbsthilfeverkauf nicht gegen sich gelten zu lassen braucht, ob er sich auf rechtmäßigem Wege befindet oder nicht und 3. aus rechtlichem Grunde nach Analogie von § 147 Abs. 2 BGB., wonach das Selbsthilfeverkaufsrecht nur solange gebunden sein soll, als noch ungewiß ist, ob der Käufer seinen Verzug heilen werde[138]).

Eine Form ist für die Androhung nicht vorgeschrieben, so daß sie schriftlich oder mündlich erfolgen kann. Meistens geschieht sie durch eingeschriebenen Brief[139]).

Was die Zeit der Androhung betrifft, so ist darüber nichts im Gesetz gesagt. Für die Aufstellung von Grundsätzen muß daher der Zweck der Androhung maßgebend

---

135) cf. die Ausführungen Kap. 2 § 3 S. 47–48.

136) Düringer-Hachenburg Bd. 3 § 373 A. 19; Adler ZHR. Bd. 71 S. 497; Goldmann Bd. 3 § 373 A. 261; RG. Bd. 54 S. 318.

137) M. Sohm a. a. O. S. 101—103; Lehmann-Ring Bd. 2 § 373 A. 19; Staub-Koenige § 373 A. 31.

138) cf. f. d. Begründung Martin Sohm a. a. O.

139) Dür.-Hachenb. Bd. 3 § 373 A. 14.

sein [140]). Vor dem Angebot des Verkäufers darf sie nicht erfolgen, aber sie kann mit dem Angebot verbunden werden, da nicht erst die Annahmeablehnung des Käufers abgewartet zu werden braucht [141]). Ferner kann sie mit der in § 373 Abs. 5 HGB. vorgesehenen Benachrichtigung vom Versteigerungstermin, mit der Aufforderung zum Abruf und mit der Aufforderung zur Mitwirkung nach § 295 BGB. [142]) verbunden werden [143]).

Betreffs des Inhalts der Androhung ist zu bemerken, daß sie eine Anzeige des bevorstehenden Verkaufes der bestimmten Ware enthalten muß [144]). Die bloße Mitteilung, es werde Ware verkauft, ist nicht ausreichend, da der Käufer Kenntnis davon erhalten soll, daß es sich um die von ihm gekaufte Ware handelt [145]). Die Frage, ob die Androhung, „nach Handelsrecht vorzugehen", genügt, ist m. E. dahin zu beantworten, daß es auf die Auslegung ankommt. Wenn ersichtlich ist, daß für Rechnung des Käufers veräußert werden soll, so ist die Androhung wirksam. Sonst läßt sich schwer eine Unterscheidung gewinnen, da auch ein Deckungsverkauf nach § 326 in Betracht kommen kann [146]). Streitig kann sein, ob der Verkäufer kundtun soll, ob er einen öffentlichen oder nichtöffentlichen Verkauf vornehmen will. Der Wortlaut des § 373 Abs. 2 spricht mehr für eine Bejahung, da bei jeder der beiden Möglichkeiten dem Verkäufer die vorherige Androhung besonders vorgeschrieben ist [147]. Aber die Rechtsprechung und die herrschende Meinung in der

---

140) Siehe die einleitenden Sätze zu I dieses Paragraphen.

141) ROHG. Bd. 24 S. 170; Düringer-Hachenburg Bd. 3 § 373 A. 18.

142) ROHG. Bd. 16 S. 424.

143) Staub-Koenige § 373 A. 31.

144) cf. RG. Bd. 1 S. 6.

145) cf. LZ. 1913 S. 675 Nr. 3.

146) cf. die Ausführungen von Staub-Koenige a. a. O. S. 1003 ob.

147) cf. Staub-Koenige a. a. O.; a. M. Adler a. a. O. S. 496, nachdem aus dem Wortlaut nur folgt, daß der Verkäufer, wenn er nur eine der beiden Arten des Verkaufes angedroht hat, die andere nicht vornehmen darf.

Literatur[148]) hat sich für das Gegenteil entschieden, denn erstens ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des § 373, daß durch die Wiederholung nur zum Ausdruck gebracht werden sollte, daß bei dem nichtöffentlichen Verkauf die vorherige Androhung gleichfalls nicht unterbleiben dürfe und zweitens ist der Verkäufer im Zweifel berechtigt, den öffentlichen Verkauf vorzunehmen. Die jüngste Rechtsprechung hat einen Mittelweg betreten, dem m. E. zu folgen ist, da er dem Verkehrsleben des Handels am besten entspricht[149]). Wenn in der Androhung die Art des Selbsthilfeverkaufs nicht angeführt ist, so soll öffentlicher Selbsthilfeverkauf angedroht sein, weil eine allgemein gehaltene Androhung auf Einschlagung des regelmäßigen Weges zu deuten ist. Wenn nun der Verkäufer freihändig verkaufen will, so muß er diese Art des Verkaufes noch besonders androhen[150]).

Neben der Androhung ist beim Selbsthilfeverkauf im Wege der öffentlichen Versteigerung die Benachrichtigung des Käufers von Ort und Zeit der Versteigerung vorgeschrieben, die unterbleiben darf, wenn sie untunlich ist. Untunlichkeit liegt z. B. vor, wenn die Ware verderblich und Gefahr im Verzuge ist. Die Benachrichtigung kann mit der Androhung verbunden werden und ist wie diese eine „geschäftsähnliche Handlung'[151]), so daß über ihr Wirksamwerden auf das bei der Androhung Gesagte verwiesen werden kann. Die Gefahr des Eintreffens beim Käufer trägt also dieser[152]).

II. Die Einleitung des Deckungsverkaufes.

Nach Art. 356 ADHGB. mußte der Verkäufer dem säumigen Käufer die Vornahme des Deckungsverkaufs anzeigen und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäftes es zuließ,

148) ROHG. Bd. 10 S. 242; RG. Bd. 1 S. 7; Staub-Koenige a. a. O.; Düringer-Hachenburg § 373 A. 20; Adler a. a. O. S. 496.

149) cf. Staub-Koenige § 373 A. 31 S. 1003.

150) cf. JW. 1925 S. 946 Nr. 17; JW. 1925 S. 245 Nr. 32; RG. Bd. 109 S. 136.

151) cf. Enneccerus I 1 § 128,2.

152) Auch diejenigen, welche die Gefahr der Ankunft der Androhung den Verkäufer tragen lassen, sind bei der Benachrichti-

eine angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren. In der Rechtsprechung [153]) war das letzte Erfordernis dahin umgedeutet, daß nicht ausdrücklich eine Frist gesetzt zu werden brauche, sondern diese von der Anzeige an kraft Gesetzes laufe. Nach § 326 Abs. 1 BGB. hat der Verkäufer dem Käufer vor Ausführung des Deckungsverkaufs eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung mit der Erklärung zu bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Jetzt hat der Verkäufer eine Frist zu bestimmen, also eine positive Tätigkeit zu entfalten, während er sie früher nur zu gewähren hatte. Die Fristsetzung soll den Käufer vor Härten schützen, indem ihn einerseits die schweren Verzugsfolgen des § 326 nicht sofort treffen und er sich andererseits über die daraus entspringenden verschiedenen Befugnisse seines Gläubigers im klaren wird [154]).

Es gibt jedoch Fälle, wo eine Fristsetzung nicht erforderlich ist:

1. Wenn die Parteien auf Fristbestimmung und Androhung durch Vertrag verzichten, denn § 326 enthält dispositives Recht. Diese Vereinbarung kann sowohl im voraus [155]) wie auch nach Eintritt des Verzuges [156]) und in beiden Fällen sowohl ausdrücklich wie auch stillschweigend [157]) geschlossen werden. Die Wirkung ist die, daß mit dem Verzuge des Käufers der Verkäufer sofort Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann. Nach einer Ansicht [158]) soll im Schweigen des Käufers auf die Erklärung des Verkäufers, daß er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange, kein Verzicht liegen, da man auf Erklärungen, die rechtlich keine Wirkung ausübten, ohne Gefahr schweigen könne. M. E. hat jedoch die Meinung [159]) Recht,

---

gung anderer Ansicht, da diese keine empfangsbedürftige Willenserklärung sei, z. B. Düringer-Hachenburg § 373 A. 47.

153) ROHG. Bd. 8 S. 126 (Plenarentscheidung).

154) cf. Planck § 326,2 d.

155) ROHG. Bd. 11 S. 425.

156) RG. Bd. 7 S. 79.

157) LZ. 1925 S. 1822 Nr. 5.

158) z. B. Staub-Koenige Anhg. zu § 374 A. 106.

159) z. B. Düringer-Hachenburg Bd. 2 Einltg. A. 324 am Ende.

nach der der Käufer in einem solchen Falle sein Recht auf Fristsetzung verwirkt hat, da nach Verkehrssitte und Treu und Glauben dieses Schweigen als stillschweigender Verzicht anzusehen ist und andernfalls ein unannehmbarer Formalismus die Folge sein würde.

2. Wenn die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges für den Verkäufer kein Interesse hat (§ 326 Abs. 2 BGB.). Hieraus geht hervor, daß zwei Voraussetzungen erfüllt sein müssen: die Erfüllung des Vertrages darf für den Verkäufer kein Interesse mehr haben und das Interesse muß infolge des Verzuges weggefallen sein [160]). Für den Wegfall des Interesses läßt sich kein objektiver Maßstab aufstellen, da immer die besonderen Umstände zu berücksichtigen sind. Betreffs der ersten Voraussetzung ist zu sagen, daß das wegfallende Interesse sich nicht auf die Leistung überhaupt, sondern nur auf die Erfüllung des Vertrages oder die Abnahme, wenn sie Hauptverpflichtung ist, zu beziehen braucht. In gewöhnlichen Zeiten ist dies besonders der Fall, wenn die Abnahme oder der Abruf eine Hauptverpflichtung des Käufers darstellt und dem Verkäufer besonders daran gelegen ist, daß diese Verbindlichkeiten pünktlich erfolgen, weil er z. B. sein Lager räumen muß. Dasselbe gilt in anormalen Zeiten für einen Verzug des Käufers mit der Zahlungspflicht [161]), besonders in Zeiten schwankender Geldverhältnisse [162]). Im letzteren Falle kann dem Verkäufer nicht zugemutet werden, lediglich seinen Verzugsschadens- oder Aufwertungsanspruch geltend zu machen [163]); denn da in solchen Zeiten der Verkäufer genau über eingehende Gelder disponiert, wird sein Interesse bei nicht rechtzeitiger Zahlung regelmäßig in Wegfall kommen. Betreffs der zweiten Voraussetzung ist hervorzuheben, daß das Interesse nach der Inverzugsetzung und durch den Verzug weggefallen sein muß. Es ist nicht ausreichend, wenn das Interesse vor Eintritt des Verzuges, wenn auch infolge verspäteter Erfüllung,

160) cf. Planck § 326,1 b; Oertmann § 326,4; Staub-Koenige Anh. zu § 374 A. 101—101 c; Düringer-Hachenburg Bd. 2 Einltg. A. 319—322.

161) cf. RG. Bd. 96 S. 257.

162) cf. RG. Bd. 104 S. 41; LZ. 1925 S. 1222 Nr. 5; JW. 1924 S. 536 Nr. 5.

163) cf. JW. 1924 S. 414 u. 536.

wegfällt. Der Verzug des Säumigen braucht nicht allein den Wegfall des Interesses verursacht haben, denn auch andere nach dem Verzug hinzutretende Gründe können bewirken, daß mit dem Verzug zusammen das Interesse an der Erfüllung verschwindet.

3. Wenn der säumige Käufer sich nach Fälligkeit bestimmt und ernstlich geweigert hatte, zu erfüllen. Dieser Standpunkt wird von vielen Schriftstellern [164]) und dem größten Teil der älteren Rechtsprechung vertreten [165]), da sich durch eine solche Weigerung der Käufer selbst in Verzug setze und auf eine Nachfrist verzichte, so daß diese als unnötige, zwecklose Förmlichkeit zu betrachten sei. Nach einer anderen Ansicht [166]) ist jedoch auch hier eine Fristsetzung nötig, da andere Erwägungen als in dem Falle, wo die Mahnung sich erübrigte [167]), Platz griffen. Der sofortige Verzugseintritt würde nach ihr eine unnötige Härte für den Käufer bedeuten, der für ein vielleicht unbedachtes Wort auf unverhältnismäßig scharfe Art bestraft würde und sodann ließe sich schwer feststellen, ob die Weigerung ernstlich gemeint sei. Nach Stellung einer Nachfrist würde sich der Käufer die Folgen seines Verhaltens überlegen und oft die Weigerung zurücknehmen. M. E. ist einer Mittelmeinung zu folgen, die grundsätzlich der ersteren Ansicht folgt, aber auch der zweiten Zugeständnisse macht. Diesen Weg hat die neueste Rechtsprechung [168]) eingeschlagen, indem durch die Weigerung der Vertragszweck gefährdet werden muß. Diese muß sich als eine sogenannte positive Vertragsverletzung darstellen [169]). Daher genügt nicht, wenn nur die Absicht besteht, vom Vertrag loszukommen, den Vertragsvollzug zu vereiteln, ja selbst nicht die bestimmte

---

164) z. B. Dernburg II § 98 IV1; Staudinger § 326 III 2c; Düringer-Hachenburg Bd. 2 Einltg. A. 337; Staub-Koenige Anhg. zu § 374 A. 84.

165) z. B. RG. Bd. 57 S. 113; Bd. 53 S. 13 u. 161; JW. 1905 S. 17 Nr. 12; LZ. 1914 S. 1757.

166) z. B. Planck § 326,2d; Oertmann § 326,4b.

167) cf. die Ausführungen auf S. 47.

168) RG. Bd. 109 S. 137; Bd. 108 S. 69; Bd. 102 S. 266; JW. 1918 S. 131 Nr. 3; LZ. 1923 S. 312 Nr. 3.

169) cf. die Ausführungen bei Staub-Koenige Anhg. zu § 374 A. 84.

und ernste Erklärung, den Vertrag nicht zu erfüllen. Vielmehr muß noch sicher sein, daß der Käufer bei seiner Weigerung verharren würde, wenn der Verkäufer auf Erfüllung bestehen und eine Nachfrist setzen würde.

Fraglich ist es, ob der Verkäufer dem Käufer, der die Erfüllung bestimmt verweigert hat, trotzdem noch eine Nachfrist setzen kann[170]). Nach der älteren Rechtsprechung[171]) wurde angenommen, daß nach Erfüllungsweigerung eine Nachfrist nicht gesetzt werden dürfe, wenn es dem Käufer zum Nachteil gereiche, z. B. der Verkäufer auf Kosten des Käufers spekulieren würde. Auch die neuere Rechtsprechung steht auf diesem Standpunkt, hebt aber noch besonders hervor, daß Treu und Glauben bei verständiger Würdigung der Sachlage die Setzung einer Nachfrist rechtfertigen können[172]). Dadurch wird dem Käufer die Möglichkeit gewährt, noch während der Frist erfüllen zu können.

Interessant ist die Erörterung der Sachlage, wenn sich der Käufer schon vor der Fälligkeit geweigert hat[173]). § 326 BGB. kann keine Anwendung finden, weil der Käufer seine Leistung noch nicht zu bewirken brauchte, also noch kein Verzug seinerseits vorlag. Auch kann man der Weigerung nicht die Wirkung zuschreiben, daß sie die Fälligkeit vorzeitig bewirkt. Man kann sich wohl dahin entscheiden, daß die vor der Fälligkeit erfolgte Weigerung die gleiche Wirkung wie die nach diesem Zeitpunkt geschehene hat, wenn sie im Zeitpunkt der Fälligkeit aufrecht erhalten wird[174]). Ein solcher Wille kann aber schon darin gesehen werden, daß der Käufer zur Erfüllungszeit seinen Verpflichtungen nicht nachkommt[175]).

Was nun die Form der Fristsetzung betrifft, so ist keine bestimmte vorgeschrieben, so daß sie schriftlich oder mündlich erfolgen kann. Sie ist wie die Mahnung und Androhung

---

170) cf. Staub-Koenige a. a. O. A. 85; Düringer-Hachenburg Bd. 2 Einltg. A. 338.

171) ROHG. Bd. 8 S. 115; Bd. 15 S. 361; RG. Bd. 5 S. 105.

172) RG. Bd. 102 S. 348; Bd. 98 S. 214.

173) cf. die Ausführungen bei Staub-Koenige a. a. O. A. 86 u. Düringer-Hachenburg a. a. O. A. 339.

174) cf. JW. 1902 Beilage 252 Nr. 161.

175) cf. RG. Bd. 52 S. 152.

eine „Rechtshandlung“ [176]), so daß für ihre Wirksamkeit der Zeitpunkt des Zugehens in Betracht kommt [177]).

Betreffs des Inhaltes der mit der Androhung versehenen Fristbestimmung ist hervorzuheben, daß erforderlich sind: 1. eine Fristbestimmung und zwar eine angemessene [178]). Vor allem muß die Frist so gestellt sein, daß der Käufer erkennen kann, daß es sich nicht um eine Verlängerung der Erfüllungsfrist sondern um die Setzung einer Nachfrist handelt [179]). Im übrigen entscheidet sich die Frage nach der Angemessenheit nach den Umständen des Falles derart, daß die Interessen beider Teile zu berücksichtigen sind. Sie braucht nicht so lang zu sein, daß der Käufer, auch wenn er beim Verzugseintritt noch keine Erfüllungshandlungen vorgenommen hat, sie jetzt sämtlich ausführen kann [180]).

Zweifelhaft ist, ob die Frist nach Zeitabschnitten bestimmt werden muß, oder ob ausreichend ist, wenn allgemein erklärt wird, daß die Leistung binnen angemessener Frist zu erfolgen habe. Wenn auch der Zweck der Vorschrift, eine klare Sachlage herbeizuführen, für die erste Ansicht spricht [181]), würde es dem Verkehrsleben nicht entsprechen, einer solchen Erklärung jede Wirkung abzusprechen. Auch durch Bezugnahme auf die Angemessenheit kann unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles eine Grenze für die Dauer der Frist gegeben werden [182]).

Wenn der Verkäufer eine ausdrückliche Frist gesetzt hat und sie länger als eine angemessene ist, so hat der Käufer bis zu ihrem Ablauf das Recht zur Erfüllung [183]). Wenn sie aber gegen Treu und Glauben verstößt, so können bei der Berechnung des Schadensersatzes nicht die auf den Deckungs-

---

176) Enneccerus I 1 § 128,2.

177) RG. Bd. 53 S. 75.

178) Staub-Koenige Anhg. zu § 374 A. 82 ff.; Düringer-Hachenburg Bd. 2 Einltg. A. 323 ff.

179) cf. RG. Bd. 55 S. 120.

180) ROHG. Bd. 8 S. 125.

181) Windscheid-Kipp II § 264,7.

182) Planck § 326,2a; Dernburg II § 33 Nr. 4; Staudinger § 326,4.

183) ROHG. Bd. 8 S. 127.

verkauf bei Ablauf der Nachfrist erzielten Preise zugrundegelegt werden [184]).

Ist eine zu kurze Frist gestellt, fragt es sich, ob ein wirksamer Deckungsverkauf nach ihrem Ablauf vorgenommen werden kann. Ohne Zweifel ist diese Frage zu bejahen, wenn sich der Käufer mit der Frist einverstanden erklärt hat. Wenn er sich aber auf die Unangemessenheit beruft, sagt eine Meinung [185]), die zu kurze Frist sei im Zweifel wirkungslos, so daß ein bereits stattgefundener Deckungsverkauf nicht zur Grundlage des Schadensersatzanspruchs gemacht werden kann und der Verkäufer von neuem eine angemessene Frist setzen muß, wenn er einen wirksamen Deckungsverkauf vornehmen will, während die herrschende Ansicht [186]) eine angemessene Frist in Lauf gesetzt wissen will, so daß die Erklärung des Verkäufers erst nach Ablauf angemessener Frist in Wirksamkeit tritt und der Käufer bis dahin noch erfüllen kann. Die erstere Ansicht macht geltend, daß dem säumigen Käufer nicht zugemutet werden könne, die Frist auf einen ihm geeignet scheinenden Zeitraum zu verlängern und in diesem zu leisten, da er nicht wisse, aus welchen Gründen der Verkäufer die zu kurze Frist angedroht und ob er nicht recht damit habe. M. E. ist jedoch der zweiten Ansicht zuzustimmen und zwar aus rechtlichen und wirtschaftlichen Gründen:

Aus rechtlichem Grunde, weil man nicht annehmen kann, daß, wenn der Verkäufer eine bestimmte und nur zu kurze Frist gesetzt hat, noch keine Frist gesetzt sei. Die Unwirksamkeit seiner Erklärung wird nicht weiter gehen, als es der Zweck der Gesetzesvorschrift erfordert.

Aus wirtschaftlichem Grunde, weil es zu Schädigungen des Verkäufers führen würde, wenn er nach Ablauf der zu kurzen Frist von neuem eine angemessene setzen müßte. Diese Nachteile lassen sich auch um so weniger rechtfertigen, da die Unangemessenheit der Fristsetzung meist eine

---

184) RG. Bd. 5 S. 105.

185) Crome, Bd. 2 § 151 I 2a; Schollmeyer § 250,5.

186) Staudinger § 326 III 2e; Dernburg II 1 § 33,4; Planck § 250,2b; Staub-Koenige Anh. zu § 374 A. 90; RG. Bd. 106 S. 89 ff.; Bd. 68 S. 329 ff.; Bd. 56 S. 134 u. 234; LZ. 1919 S. 45 Nr. 9.

Folge der Unkenntnis des Verkäufers von den Verhältnissen seines Käufers ist.

Die herrschende Meinung erkennt allerdings auch an, daß bei außergewöhnlichen Umständen in der Bestimmung zu kurzer Nachfrist nicht die Festsetzung angemessener Frist liegt, vielmehr diese als nichtgeschehen gilt. Dies ist z. B. der Fall, wenn eine Frist nur zum Schein gesetzt und daher zu kurz bemessen ist [187]) oder wenn der Nichtsäumige sich darüber klar ist, daß die Frist zu kurz ist und zu erkennen gibt, daß er auch innerhalb angemessener Frist die Erfüllung nicht annehmen werde [188]).

2. Die Androhung der Ablehnung der Leistungsannahme [189]).

Der Verkäufer braucht also seinem Schuldner nicht mitzuteilen, welche Rechte er geltend machen wolle. Die im Gesetz vorgeschriebenen Worte braucht die Androhung nicht zu enthalten, nur muß sie deutlich ersehen lassen, daß der Verkäufer nach Ablauf der Frist auf das Recht auf Erfüllung endgültig verzichtet [190]). Nicht genügt daher, wenn der Verkäufer z. B. einen möglicherweise zu fassenden Entschluß anzeigt [191]) oder damit droht, die Lieferung einzustellen [192]) oder klagbar vorzugehen [193]). Ausreichend ist jedoch die Erklärung, daß der Verkäufer nach fruchtlosem Ablauf der Frist Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählen werde, da darin die Androhung der Ablehnung der Erfüllungsannahme liegt. Ebenso genügt die Redewendung, man trete zurück und verlange Schadensersatz, denn darunter kann nur verstanden werden, daß man nicht beabsichtige zurückzutreten, sondern Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen [194]). Wenn der Verkäufer erklärt, anderweit verkaufen zu wollen, so ist m. E. darin keine bestimmte Erklärung zu finden, denn sie läßt offen, ob der Verkäufer Erfüllung und Selbsthilfeverkauf nach § 373 HGB. oder Ver-

187) RG. Bd. 56 S. 234.
188) RG. Bd. 91 S. 208; LZ. 1925 S. 856 Nr. 5.
189) cf. Staub-Koenige Anh. zu § 374 A. 93 ff.
190) RG. Bd. 109 S. 326; Bd. 91 S. 164.
191) ROHG. Bd. 18 S. 386.
192) JW. 1900 S. 255 Nr. 10.
193) JW. 1910 S. 183 Nr. 5.
194) JW. 1911 S. 751 Nr. 5; 1907 S. 386 Nr. 3.

steigerung und Hinterlegung nach § 383 BGB. oder einen Deckungsverkauf im Auge hat [195]). Ferner besteht die Annahme für diese drei Möglichkeiten, wenn der Verkäufer seinem Schuldner die Mitteilung macht, er beabsichtige, die Ware zum höchsten Preise, der sich biete, für des Käufers Rechnung zu verkaufen und diesem mit dem Ausfalle heranzuziehen, da hierin nur eine verschärfte Mahnung gesehen werden kann [196]).

Was den Zeitpunkt der Fristsetzung betrifft, so ist grundsätzlich der Eintritt des Verzuges maßgebend [197]). In der Regel können Androhung der Erfüllungsablehnung und Fristsetzung jeder Zeit erfolgen, und es ist daher nicht nötig, daß sie in kurzer Frist nach dem Verzug vor sich gehen. Den Käufer trifft, wenn der Verkäufer von dieser Befugnis erst in späterer Zeit Gebrauch macht, kein Nachteil, denn er ist ja berechtigt, bis zum Ablauf der Nachfrist seinen Verzug zu heilen [198]). Doch darf der Verkäufer bei Verlust des Rechtes, einen Deckungsverkauf vorzunehmen, nicht solange warten, bis darin ein Verstoß gegen Treu und Glauben zu erblicken ist [199]). Der Verkäufer, der nach Verzugseintritt Erfüllung verlangt hat, kann bei weiterem Verzuge zur Erfüllungsablehnung übergehen. Daher hat die Judikatur aus der Mahnung auf Erfüllung oder aus der Drohung mit Klage noch nicht geschlossen, daß der Verkäufer das Recht auf Erfüllung gewählt habe [200]). Ferner bindet den Verkäufer die Klage auf Erfüllung noch nicht an das Recht auf Erfüllung [201]).

Streitig ist, ob die Fristsetzung erst nach Eintritt des Verzuges des Käufers zulässig ist oder ob sie mit der Mahnung, durch die er in Verzug gesetzt wird, bzw. schon vorher erfolgen kann. Auf die Frage kann hier nicht näher eingegangen werden. Hervorgehoben sei nur, daß, obwohl sich der Gesetzestext mit beiden Meinungen vereinbaren

---

195) cf. RG. Bd. 53 S. 71.
196) ROHG. Bd. 15 S. 353; Rostock OLGR. Bd. 43 S. 33.
197) JW. 1918 S. 551.
198) RG. Bd. 107 S. 348; Bd. 91 S. 101.
199) RG. Bd. 60 S. 346.
200) ROHG. Bd. 13 S. 434.
201) § 325 Abs. 2 BGB.; RG. Bd. 109 S. 137; Bd. 105 S. 281.

läßt, nach der allgemeinen Meinung in Literatur und Judikatur anerkannt ist, daß die Fristsetzung mit der Mahnung verbunden werden kann [202]), während Zweifel bestehen, ob die vor Fälligkeit und vor Eintritt des Verzuges erfolgte Androhung der Ablehnung der Erfüllungsannahme und die Fristsetzung Wirkung ausüben. Einige Schriftsteller [203]) verstehen die Worte des § 326 buchstäblich, indem die Frist erst nach Verzug gesetzt werden könne, so daß die Erklärung, die dagegen verstößt, unwirksam ist. Andere [204]) fassen dagegen die Gesetzesworte nur als Bedingungen für die Wirkungen der Fristsetzung auf und halten es für formalistisch, nach Eintritt des Verzuges noch einmal Androhung und Fristsetzung zu fordern. M. E. ist nach den Grundgedanken, die die Judikatur aufgestellt hat, folgendermaßen zu unterscheiden [205]): Wenn die mit einer Androhung versehene Nachfrist vor der Fälligkeit abgelaufen ist, so übt die Erklärung keine Wirkung aus, weil keine Voraussetzung für die Geltendmachung der Rechte aus 326 vorliegt. Androhung und Fristsetzung müssen dann nach der Fälligkeit wiederholt werden. Ist jedoch die Nachfrist erst nach der Fälligkeit verstrichen, so ist entscheidend, ob Treu und Glauben es zulassen, daß die Erklärung am Tage der Fälligkeit als fortwirkend und wiederholt anzusehen ist. Wenn letzteres der Fall sein sollte, so ist die Erklärung wirksam und die angemessene Frist beginnt mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit zu laufen; andernfalls übt sie keine Wirkung aus [206]). Die Praxis hat z. B. eine Wiederholung angenommen, wenn die Erklärung dem Käufer kurze Zeit vor der Fälligkeit, besonders am Tage vorher, zugegangen ist [207]),

---

202) cf. Staub-Koenige Anh. zu § 374 A. 96; Düringer-Hachenburg Bd. 2 Einltg. A. 333; Enneccerus § 276 III a A. 21; RG. Bd. 50 S. 262.

203) z. B. Oertmann § 326,2 a; Staudinger § 326 III 2b

204) z. B. Planck § 326,2 a; Cosack BGB. I § 123 III 2 cα; Düringer-Hachenburg Bd. 2 Einltg. A. 333.

205) cf. die Ausführungen bei Staub-Koenige Anh. z. § 374 A. 94.

206) RG. Bd. 93 S. 182; Hamburg OLGR. Bd. 43 S. 36.

207) JW. 1924 S. 1246 Nr. 3; LZ. 1914 S. 855 Nr. 2.

oder wenn der Verkäufer nach Eintritt der Fälligkeit gemahnt hat [208]).

§ 3. Das Verfahren beim Selbsthilfe- und Deckungsverkauf.

I. Das Verfahren beim Selbsthilfeverkauf.

Der § 373 Abs. 2 HGB. stellt dem Verkäufer zwei Arten des Selbsthilfeverkaufs zur Verfügung: die öffentliche Versteigerung und den Verkauf aus freier Hand. Die letztere Art kann der Verkäufer aber nur wählen, wenn die Ware einen Börsen- oder Marktpreis hat.

1. Die öffentliche Versteigerung:

Was darunter zu verstehen ist, ist nicht in § 373 Abs. 2 HGB. geregelt, so daß nach Art. 2 EG. z. HGB. die Vorschrift des § 383 Abs. 3 Satz 1 BGB. heranzuziehen ist. Hiernach ist damit eine öffentliche und durch bestimmte Personen erfolgende Versteigerung gemeint.

Die Oeffentlichkeit ist vorgeschrieben, damit, soweit es die Umstände gestatten, der höchste Preis erzielt und jede Einwirkung des Verkäufers, die dieses Ergebnis gefährden könnte, ausgeschlossen wird. Oeffentlich ist die Versteigerung, wenn sie in den dafür vorgeschriebenen und, falls es daran fehlt, ortsüblichen Formen vorgenommen wird [209]). Im allgemeinen wird sie zu einer angemessenen Zeit und an einem Orte, der dem kauflustigen Publikum zugänglich ist, erfolgen, wobei jedem die Möglichkeit gegeben ist, sich am Bieten unter für alle gleichen Bedingungen zu beteiligen. Die Ueblichkeit kann jedoch eine beschränkte Oeffentlichkeit rechtfertigen [210]). Wenn einzelne Bieter dahin übereingekommen sind, sich nicht an der Versteigerung zu beteiligen, so ist der öffentliche Charakter noch nicht beeinträchtigt, es sei denn, daß dadurch eine Scheinversteigerung verursacht ist [211]) oder die Bieter allgemein abgehalten werden. Nicht erforderlich ist, daß auch der Zuschlag öffentlich, d. h. im Auktionslokal, erfolgt [212]). Da der Zweck der öffentlichen

208) LZ. 1908 S. 162 Nr. 26.
209) ROHG. Bd. 20 S. 23 ff.; RG. Bd. 1 S. 270.
210) Dresden OLGR. Bd. 7 S. 387 ff.
211) ROHG. Bd. 8 S. 377; Bd. 16 S. 284.
212) RG. Bd. 8 S. 29.

Versteigerung in der Herbeiführung eines Höchstgebotes besteht, ist es gleichgültig, ob auch dessen Annahme im Auktionslokal oder anderswo erfolgt. Zuständig für die Versteigerung sind erklärt:

1. Immer der für den Versteigerungsort bestellte Gerichtsvollzieher, 2. die kraft Landesgesetzes zu Versteigerungen befugten anderen Beamten [213]) und 3. die kraft Landesgesetzes öffentlich angestellten Versteigerer [214]).

Die Personen handeln als Erfüllungsgehilfen des Verkäufers, so daß er für deren Versehen verantwortlich ist. Nicht befugt sind amtlich bestellte Handelssachverständige, Handels- oder Kursmakler [215]) und die Eisenbahn als Frachtführerin nach § 437 HGB. und § 81 Eisenbahnverkehrsordnung [216]), wenn auch im letztern Fall der Handelsbrauch etwas anderes bestimmen kann [217]).

Die Art und Weise der Versteigerung regelt sich nach § 156 BGB. Der öffentlichen Bekanntmachung der Versteigerung und dem Ausgebot des Versteigerers kommt daher nur die Bedeutung einer Aufforderung an die Allgemeinheit, Vertragsanträge zu machen, zu. Erst wenn der Bieter ein Gebot abgegeben hat, liegt eine Offerte zum Vertragsabschluß vor, die mit der Abgabe eines Uebergebotes oder dadurch, daß die Versteigerung ohne Erteilung des Zuschlages geschlossen wird, erlischt. Zustande kommt der Vertrag durch den Zuschlag, auf den aber kein Bieter einen Anspruch hat. Da § 156 BGB. dispositiver Natur ist, kann vor der Versteigerung etwas anderes bestimmt werden, so daß diese eine andere juristische Konstruktion erhält.

Die Bestimmung des § 383 Abs. 3 Satz 2 BGB., daß

---

213) z. B. nach § 37 der Mecklbg. Verordnung zur Ausführung des BGB. vom 9. IV. 1899 die Amtsgerichte, die Magistrate und die aus diesen verordneten Deputationen sowie die Notare; nach Art. 31,109 preuß. FGG. vom 17. 5. 1898 die Amtsgerichte und Notare.

214) z. B. nach § 37 der obigen Vo. die auf Grund der GewO. § 36 öffentlich angestellten Versteigerer.

215) cf. Düringer-Hachenburg Bd. 3 § 373 A. 29; Lehmann-Ring Bd. 2 § 373 Nr. 22; Staub-Koenige § 373 A. 33.

216) RG. Bd. 40 S. 56; JW. 1902 S. 220 Nr. 27.

217) JW. 1903 Beilg. 6 Nr. 14.

Zeit und Ort der Versteigerung unter allgemeiner Bezeichnung der Sache öffentlich bekannt zu machen sind, findet auch bei der öffentlichen Versteigerung des § 373 HGB. Anwendung [218]). Diese Bekanntmachung ist von der Verkaufsandrohung und Benachrichtigung des Käufers durch den Verkäufer von Ort und Zeit der Versteigerung zu unterscheiden. Wie die Bekanntmachung zu erfolgen habe, ist im Gesetz nicht näher bestimmt, so daß die am Orte bestehende Gewöhnheit maßgebend sein wird [219]). In Betracht können kommen z. B. das Einrücken in öffentliche Blätter, was gewöhnlich zu geschehen pflegt, aber nicht unbedingt erforderlich ist, sodann öffentlicher Anschlag, Ausrufen usw. Die Bekanntmachung darf nicht zu kurz vor der Versteigerung erfolgen, damit die Kaufliebhaber im Termin erscheinen können [220]), sie braucht sich aber nicht auf die Versteigerungsbedingungen zu erstrecken.

Es entspricht der Natur der öffentlichen Versteigerung, daß jeder am Bieten teilnehmen kann, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. Letzteres ist in § 457 BGB. erfolgt, so daß der Versteigerungsbeamte, d. h. der mit der Vornahme oder Leitung des Verkaufs Beauftragte und von ihm zugezogene Gehilfen mit Einschluß des Protokollführers die Ware weder für sich persönlich oder durch einen anderen noch als Vertreter eines anderen kaufen können. Der Käufer und Verkäufer können nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (§ 373 Abs. 4 HGB.) mitbieten. Im allgemeinen liegt hierin keine juristische Eigentümlichkeit. Eine Besonderheit ist nur dann vorhanden, wenn der Käufer oder der Verkäufer Eigentümer der Ware sind. Wenn der Käufer bereits Eigentümer der Ware war und sie ersteht, so muß dies als letzter Versuch angesehen werden, seinen Verzug zu beseitigen und den Verlust des Eigentums abzuwenden [221]). In dem Falle, wo der Verkäufer, der Eigentümer der Ware ist, diese ersteht, liegt kein eigentlicher Kauf, sondern ein in Kaufform gekleidetes Verfahren vor, durch das der Ver-

218) cf. die Ausführungen zur Denkschrift zum HGB. S. 216; RG. Bd. 1 S. 270; JW. 1910 S. 298 Nr. 36.

219) ROHG. Bd. 16 S. 93; Bd. 1 S. 270.

220) JW. 1910 S. 298 Nr. 36.

221) cf. Martin Sohm a. a. O. S. 106; Crome Bd. 2 § 212,1a.

käufer das Recht der freien Verfügung über seine Ware seinem Gläubiger gegenüber wiedererlangt und durch das der Preis festgestellt wird, den er seinem Gläubiger herausgeben muß [222]).

Der Verkäufer und Käufer des ursprünglichen Kaufvertrages stehen genau so da, wie jeder andere Kaufliebhaber. Die Folge ist, daß der Verkäufer, der zu einem niedrigeren Preise als dem Vertragspreise die Ware ersteigert, sich diesen Nutzen nicht abzuziehen braucht und daß es für den Käufer gleichgültig ist, ob der Verkäufer die von ihm erstandene Ware um einen höheren Preis weiter verkauft, so daß er von dem von ihm geschuldeten Kaufpreis nichts abziehen darf [223]). Ferner kann der Käufer beim Spezifikationskauf dagegen keine Einwendungen erheben, daß der Verkäufer, der das Rohmaterial selbst ersteigert hat, dies behalten und die Ware nicht angefertigt hat, da das Spezifikationsrecht in seiner Person durch die Ersteigerung seitens des Verkäufers erloschen ist [224]).

2. Der freihändige Verkauf:

Was hierunter zu verstehen ist, ist in § 373 Abs. 2 HGB. geregelt. Voraussetzung ist, daß die Ware einen Börsen- oder Marktpreis hat. Der Börsenpreis ist eine Unterart des Marktpreises und setzt nur eine Börse, d. h. eine besondere Art des Marktes voraus. Mit Markt- oder Börsenpreis ist der Preis gemeint, der für eine Ware bestimmter Gattung und Art von durchschnittlicher Güte an dem Handelsplatze, an dem sie einen Markt hat, und in dessen Handelsbezirke zu einer gewissen Zeit im Durchschnitt und zwar bei normaler Marktlage gewährt wird [225]). Eine Ware oder ein Wertpapier hat einen solchen Preis dann, wenn sie an der Börse oder auf dem Markte des maßgeblichen Ortes oder, wenn dieser keine Börse oder keinen Markt besitzt, in dem Verkehrsbezirk des Platzes verkauft zu werden pflegen, und sich ein Durchschnittspreis aus wirklich abgeschlossenen Käufen gebildet hat. Erforderlich ist, daß die Marktlage

---

222) cf. Martin Sohm S. 106; RG. Bd. 5 S. 61.

223) Staub-Koenige § 373 A. 33 S. 1005 unten.

224) cf. Staub-Koenige a. a. O.

225) Staub-Koenige Vorbem. vor § 373 A. 29 α; Düringer-Hachenburg Bd. 3 Einltg. A. 14 ff.

nicht auf rechtlich nicht zu billigenden Umständen beruht[226]). Ueber die Art der Ermittelung enthält § 453 BGB. eine ausdrückliche Vorschrift. Da diese jedoch lückenhaft ist, wird Art. 453 ADHGB., der der Natur der Sache entspricht und daher auch noch heute grundlegend ist, zur Erläuterung herangezogen werden können. In erster Linie soll hiernach im Zweifel der laufende Preis, der des Näheren unten zu behandeln ist, in Betracht kommen. Wenn ein solcher nicht festgestellt werden oder wegen Unrichtigkeit nicht gelten kann, soll der mittlere Preis, der sich aus der Vergleichung einer größeren Zahl von Kaufverträgen ergibt, die zur fraglichen Zeit am fraglichen Orte geschlossen wurden, maßgebend sein.

Der nichtöffentliche Verkauf erfolgt nach dem Gesetz aus „freier Hand". Dieser Ausdruck ist nicht zutreffend, denn der Verkauf erfolgt auch hier durch eine Mittelsperson, und zwar entweder durch öffentlich ermächtigte Handelsmäkler oder zu öffentlicher Versteigerung befugte Personen. Bezüglich der ersten Gruppe ist zu erwähnen, daß es im Gegensatz zu Art. 66 ADHGB. keine amtlich bestellten Handelsmäkler gibt und daß sich das Gesetz heute einfacher Handelsmäkler bedient, die zur Vornahme des freihändigen Verkaufes öffentlich ermächtigt sind. Diese Ermächtigung bestimmt sich nach Landesgesetz; reichsrechtlich steht nach § 34 des Börsengesetzes vom 8. 5. 1908 in der Gestalt des EG. zum HGB. Art. 14 eine solche ohne weiteres nur den Kursmäklern zu.

Im Gegensatz zum öffentlichen Verkauf braucht der Verkäufer nicht Zeit und Ort der Versteigerung öffentlich bekannt zu machen.

Erfolgen muß der Verkauf nach ausdrücklicher Gesetzesbestimmung zum laufenden Preis. Hierunter ist im Zweifel der Preis zu verstehen, der zur Zeit und am Orte der Erfüllung oder an dem für letzteren maßgebenden Handelsplatze nach den dafür bestehenden örtlichen Einrichtungen festgestellt ist. Der laufende Preis ist der Mindestpreis, der erzielt werden muß. Er ist verschieden von dem Durchschnittspreis, da außergewöhnlich hohe und niedrige Verkäufe unberücksichtigt bleiben. Die zur Feststellung des

226) cf. LZ. 1916 S. 942 u. 1171.

Preises bestehenden örtlichen Einrichtungen können amtliche oder private sein; letztere müssen aber so zuverlässig sein, daß man sie als örtliche Einrichtungen ansprechen kann [227]). Die von diesen Organen getroffenen Feststellungen haben die Vermutung der Richtigkeit für sich. Sie sind aber widerlegbar und zwar auch wegen objektiver Unrichtigkeit [228]).

Ebenso wie bei der öffentlichen Versteigerung darf der ursprüngliche Käufer in der Versteigerung als Bieter auftreten. Dagegen ist das Kaufrecht für den Verkäufer entschieden zu verneinen, denn den Verkauf aus freier Hand bewirkt er selbst, so daß kein wirklicher Kaufvertrag vorliegt. Noch weniger ist es dem Verkäufer gestattet, die Kaufsache einfach zum Tageskurse zu behalten, denn dies würde gegen die ordnungsmäßige Vollziehung des Selbsthilfeverkaufes verstoßen [229]).

Von der erfolgten Versteigerung bzw. dem freihändigen Verkauf hat der Verkäufer den Käufer unverzüglich, d. h. nach § 121 Abs. 1 BGB. ohne schuldhaftes Zögern, zu benachrichtigen (§ 373 Abs. 5 HGB.). Die Benachrichtigung ist eine „Rechtshandlung" [230]). Im Falle der Untunlichkeit darf sie unterbleiben. Sie ist juristisch und wirtschaftlich von Bedeutung [231]): Juristisch, weil dem Käufer mit der Mitteilung von dem Verkauf die Möglichkeit gegeben ist, sich darüber zu vergewissern, ob er auch in gesetzlicher Weise vollzogen ist, da er ihn sonst nicht anzuerkennen braucht, und wirtschaftlich, weil ihm angezeigt wird, daß in seinem Vermögen eine Veränderung eingetreten ist, da er statt der Ware nur noch Geld erhält, so daß er, wenn sein Betrieb die Anschaffung von Sachwerten erfordert, sich auf andere Weise eindecken wird.

II. Das Verfahren beim Deckungsverkauf.

Nach geltendem Recht ist der Verkäufer nicht mehr gezwungen, vor Geltendmachung des Schadensersatzes wegen

---

227) RG. Bd. 34 S. 121.

228) ROHG. Bd. 5 S. 331.

229) Staub-Koenige § 373 A. 34; Adler a. a O. S. 499.

230) cf. Enneccerus I 1 § 128 III 2.

231) cf. M. Sohm a. a. O. S. 107.

Nichterfüllung einen formellen Selbsthilfeverkauf vorzunehmen, wie es in Art. 354 ADHGB. vorgeschrieben war. Er ist zwar immer noch berechtigt, einen Selbsthilfeverkauf nach § 383 BGB. oder nach § 373 HGB. zur Grundlage seines Anspruches zu machen, kann aber den ihm durch Verzug entstandenen Schaden in jeder anderen Weise berechnen und nachweisen. Insbesondere ist er dazu befugt, einen formlosen, ohne Mitwirkung irgendwelchen amtlichen Organes stattfindenden Verkauf, einen sogenannten privaten Deckungsverkauf, vorzunehmen [232]). Da also über die Art des Deckungsverkaufes keine festen Normen bestehen, gilt der Grundsatz, daß der Käufer bei seiner Vornahme nach Treu und Glauben im Handelsverkehr zu verfahren hat. Er nimmt dabei nicht das Interesse des Käufers wahr, darf dies aber auch nicht vorsätzlich oder fahrlässig verletzen. Dies war früher in zahlreichen Entscheidungen angenommen und ergibt sich jetzt aus § 254 Abs. 2 BGB. [233]).

Wenn der Verkäufer nach § 373 HGB. vorgeht, kann auf das bei den formellen Erfordernissen des Selbsthilfeverkaufs Gesagte verwiesen werden, ebenso wenn er einen Selbsthilfeverkauf nach den § 383 ff. BGB. vornimmt, denn die Erfordernisse des BGB. sind zum größten Teil dieselben wie des HGB. Unterschiede liegen nur darin, daß nach BGB. der Verkäufer vor der Vornahme des Selbsthilfeverkaufes den Käufer nicht von Zeit und Ort der Versteigerung zu benachrichtigen braucht und daß im BGB. im Gegensatz zum HGB. eine Bestimmung über den Versteigerungsort getroffen ist, da der Selbsthilfeverkauf am Leistungsort, der sich nach dem § 269 BGB. bestimmt, oder, wenn dort kein angemessener Erfolg zu erwarten ist, an einem geeigneten anderen Ort zu erfolgen hat.

Besonderes gilt beim Deckungsverkauf bezüglich der Berechtigung zum Bieten seitens der Mittelsperson und des Verkäufers. Wenn jene die Ware erwirbt, so kann der ursprüngliche Käufer gegenüber einem auf Grund dieses Vertrages gegen ihn geltendgemachten Schadensersatzanspruch nicht einwenden, der Verkauf sei unwirksam, sondern er muß ihn als formlosen Deckungsverkauf gegen sich gelten

232) Staub-Koenige Anh. zu § 374 A. 24 u. 30; JW. 1905 S. 640; RG. Bd. 57 S. 107 u. Bd. 53 S. 11.

233) RG. Bd. 61 S. 281 u. Bd. 53 S. 14.

lassen. Beim Bietungsrecht des Verkäufers muß zwischen dem formlosen und formellen Deckungsverkauf unterschieden werden. Beim letztern wird der Verkäufer als Bieter auftreten können, wenn auch das Selbsthilfeverkaufsverfahren sich nicht als ein auf Uebereignung gerichteter Vertragsschluß sondern als ein Verfahren darstellt, wodurch der Verkäufer die Grundlage für den ihm erwachsenen Schaden gewinnen will. Denn durch Zulassung des Verkäufers besteht die Möglichkeit, daß sowohl seinen Interessen wie auch denen des Käufers gedient wird, indem dem Verkäufer darum zu tun sein kann, den Kaufgegenstand zu behalten, aber gleichzeitig eine geeignete Grundlage für die Schadensberechnung zu erlangen und der Käufer einen Vorteil daraus zieht, daß ein höherer Preis bei dem Verkauf erzielt wird, weil dann der Anspruch des Verkäufers sich verringert. Beim formlosen Deckungsverkauf wird man dagegen dem Verkäufer das Recht zum Kauf nicht einräumen können, da keine Gewähr dafür vorhanden ist, daß ein solcher Preis erzielt wird, der zur Grundlage der Schadensberechnung gemacht werden könnte. Aus dem gleichen Grunde ist die Teilnahme des Verkäufers am Bieten ausgeschlossen, wenn nur gewisse Formvorschriften des Selbsthilfeverkaufs eingehalten werden. Dem Käufer das Bietungsrecht einzuräumen, steht in beiden Fällen nichts entgegen.

Anhangsweise sei noch darauf hingewiesen, daß eine Ausnahme von dem Ausgeführten in § 376 Abs. 3 u. 4 HGB. aufgestellt ist, wonach für den Deckungsverkauf, der im Falle des Abschlusses eines handelsrechtlichen Fixkaufes, falls die Ware einen Börsen- oder Marktpreis hat, vorgenommen wird, bestimmte Formerfordernisse vorgeschrieben sind. Der Verkauf muß sofort nach Ablauf der bedungenen Leistungszeit oder -frist bewirkt werden und, wenn er nicht in öffentlicher Versteigerung geschieht, durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise erfolgen. Auch besteht eine Benachrichtigungspflicht seitens des Verkäufers von dem ausgeführten Verkauf. Für den bürgerrechtlichen Fixkauf und den handelsrechtlichen, wenn die Ware keinen Börsen- oder Marktpreis hat, gelten dagegen die allgemeinen Vorschriften.

§ 4. Der Ort des Selbsthilfe- und Deckungsverkaufes.

I. Der Ort des Selbsthilfeverkaufes.[234])

Für den Versteigerungsort sind in § 373 HGB. ebenso wie in Art. 343 ADHGB. keine Bestimmungen getroffen. Eine analoge Anwendung der Vorschrift des § 383 BGB., nach der die Sache am Leistungsort, d. h. am Erfüllungsort, und, wenn ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten ist, an einem anderen Orte zu versteigern ist, ist nicht angängig, da der Selbsthilfeverkauf des Handelsrechts zum Zweck der Erfüllung, nicht wie der des BGB. zum Zweck der Hinterlegung erfolgt. Es sind daher Parteiabreden und Handelsbräuche maßgebend, und wenn diese nicht vorhanden sind, hat der Verkäufer so vorzugehen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Viele Zweifelsfragen sind auch durch die umfangreiche Rechtsprechung, die davon ausgegangen ist, daß der Verkäufer wie ein ordentlicher Kaufmann zu verfahren hat, geklärt worden[235]). Er darf daher nicht auf Kosten seines Käufers spekulieren oder den Verkaufsort willkürlich wählen, sondern muß neben der Geltendmachung seiner eigenen Interessen auch die des Käufers betreffs eines möglichst günstigen Verkaufes berücksichtigen. Der Verkauf ist daher gewöhnlich dort vorzunehmen, wo sich die Ware z. Zt. der Annahmeverweigerung befindet, denn dem Käufer würden unnötige Kosten auferlegt werden, wenn die Sache an einen anderen Ort verschickt würde[236]). Hieraus ergibt sich, daß, wenn sich der Käufer vor Absendung der Ware zur Annahme geweigert hat, regelmäßig der Absendungsort[237]), daß, wenn keine Weigerung seinerseits stattgefunden hat, und die Ware bei Eintritt des Annahmeverzuges an ihrem Bestimmungsort eingetroffen ist, im allgemeinen der Ablieferungsort[238]) und daß, wenn sich die Ware bei Entstehung des Verzuges auf dem Transport befindet, ein Ort unterwegs[239]), um die aus der Weiterbeför-

234) cf. Staub-Koenige § 373 A. 41; Düringer-Hachenburg § 373 A. 23—24.

235) cf. RG. Bd. 15 S. 3.

236) cf. RG. Bd. 15 S. 3.

237) JW. 1901 S. 756 Nr. 16.

238) ROHG. Bd. 16 S. 425.

239) ROHG. Bd. 13 S. 58 u. 59; Bd. 14 S. 422.

derung entstehenden Kosten zu vermeiden, Versteigerungsort ist. Zahlreiche Umstände können dahin führen, daß ein anderer Ort den Verkehrsbedürfnissen und den Interessen der Beteiligten gerechter wird: z. B. der Wohnort des Verkäufers, wenn hier ebenso gute Erfolge zu erzielen sind wie an den vorhergenannten Plätzen oder der zugehörige Marktort [240]), wenn die Ware an der Stelle, wo sie lagert, keinen Marktplatz hat oder der Ort, wo bessere Verkaufsbedingungen vorhanden sind [241]) oder endlich irgend ein anderer Ort, wenn den Verkäufer die Transportkosten treffen [242]), da der Käufer nun keinen Nachteil hat, vorausgesetzt, daß sonstige Interessen des Käufers nicht verletzt werden. Hervorzuheben ist noch, daß die Versteigerung nicht unbedingt dort vorgenommen zu werden braucht, wo sich die Ware befindet, da sonst unter Umständen ebenfalls unnötige Transportkosten erwachsen würden.

II. Der Ort des Deckungsverkaufes. [243])

Auch über den Ort des Deckungsverkaufes existieren keine gesetzlichen Regeln, so daß auch hier leitender Gedanke der hierfür aufzustellenden Grundsätze der sein muß, daß der Verkäufer unter Anwendung der in § 242 BGB. und 347 Abs. 1 HGB. aufgestellten Prinzipien vorzugehen hat. Im Gegensatz zum Selbsthilfeverkauf ist aber der Ort des Dekkungsverkaufes in der Judikatur sehr selten erörtert worden. Ueber den Ort des Deckungskaufes [244]) sind allerdings einige Entscheidungen vorhanden, deren entsprechende Anwendung auf den Deckungsverkauf aber nicht immer angängig ist. M. E. werden vielmehr die über den Selbsthilfeverkauf aufgestellten Grundsätze analog angewendet werden müssen, denn auch der Deckungsverkäufer darf nicht auf Kosten des Käufers spekulieren oder den Verkaufsort willkürlich wählen. Im allgemeinen wird sich daher als Verkaufsort, wenn zwischen den Parteien keine Abmachungen bestehen, der Ort erweisen, wo sich die Sache zur rechtmäßigen Zeit

240) RG. Bd. 5 S. 67; ROHG. Bd. 14 S. 422.
241) Seuff. Arch. Bd. 47 S. 203.
242) JW. 1901 S. 617 Nr. 6.
243) cf. Düringer-Hachenburg Bd. 2 Einl. A. 358.
244) cf. Staub-Könige Anh. zu § 374 A. 70.

befindet, also der Absendungs- oder Ablieferungsort oder, wenn sich die Ware auf dem Transport befindet, ein Ort unterwegs. Wenn sich jedoch an diesen Plätzen eine Deckungsgelegenheit nicht bietet, oder ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten ist, ist der Verkäufer befugt[245]), den Gegenstand an einem anderen Orte zum Verkauf zu bringen, so z. B. an seinem Wohnort oder an dem des Käufers oder endlich auch an einem beliebigen Platze. Hervorzuheben ist noch, daß, wenn sich dem Verkäufer eine Gelegenheit zum Verkauf bietet, er nicht außerhalb dieses Ortes nach einer günstigeren zu suchen braucht. Gegen Treu und Glauben würde es aber verstoßen, wenn er die sich ihm bietende günstigere Gelegenheit zurückweisen würde.

§ 5. Die Zeit des Selbsthilfe- und Deckungsverkaufes.

I. Die Zeit des Selbsthilfeverkaufes.

In Bezug auf die Zeit des Selbsthilfeverkaufes enthalten weder das BGB. noch das HGB. eine Regelung. Die maßgebenden Bestimmungen sind auch hier allgemeinen Grundsätzen zu entnehmen, vermittels derer die Judikatur leitende Gedanken aufgestellt hat. Aus ihnen geht hervor, daß kein fester Zeitpunkt angegeben werden kann, an dem der Verkauf erfolgen muß, sondern nur Zeiträume, innerhalb deren der Verkäufer vorzugehen hat. Da der Selbsthilfeverkauf eine Folge des Annahmeverzuges ist, ergibt sich, daß, bevor der Käufer nicht in Verzug gekommen ist, der Verkauf der geschuldeten Ware ausgeschlossen ist. Selbst wenn der Käufer vor Eintritt der Fälligkeit erklärt hat, er werde die Ware nicht annehmen oder er trete vom Vertrag zurück, kann der Verkäufer keinen Selbsthilfeverkauf vornehmen, da hierdurch kein Verzug eintritt, denn ein Anspruch, die Ware loszuwerden, besteht für ihn erst mit Eintritt der Fälligkeit seiner Leistung[246]). Nach Eintritt des

245) ROHG. Bd. 21 S. 249; RG. Bd. 11 S. 199; RG. Bd. 15 S. 72.

246) a. M. Adler a. a. O. S. 505, der ausnahmsweise im Interesse des Käufers bei notwendig zu vergegenwärtigendem Annahmeverzuge nach Angebot schon vor der Zeit, wo die Annahme hätte erfolgen müssen, den Verkauf zulässig sein läßt.

Verzuges steht die Wahl des Zeitpunktes beim Verkäufer, und zwar so, wie es seinen Interessen am zweckmäßigsten erscheint; auf das entgegengesetzte Interesse des Käufers braucht er grundsätzlich keine Rücksicht zu nehmen [247]). Es ist aber mit Recht anerkannt, daß eine Hinausschiebung des Verkaufstermines nicht zu dem Zwecke stattfinden darf, um den Käufer absichtlich zu schädigen [248]). Gleichbehandelt wird der Fall, daß der Verkäufer aus grober Fahrlässigkeit den Selbsthilfeverkauf verspätet vorgenommen hat [249]). Besonders wenn der Verkäufer dem Käufer die Vornahme des Selbsthilfeverkaufs angedroht hat, muß er möglichst schnell zu dessen Vornahme schreiten [250]). Betreffs der Zeit hat also der Verkäufer gemäß § 300 Abs. 1 BGB. für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einzustehen [251]). Der Verkäufer kann also nicht dafür verantwortlich gemacht werden, daß er zur Zeit sinkender Konjunktur verkaufte, auch wenn sie vorübergehender Natur ist, denn einer Kursströmung wird sich selten ansehen lassen, ob sie nicht lange währen wird [252]). Als spätester Zeitpunkt für den Selbsthilfeverkauf kommt das Ende des Gläubigerverzuges in Betracht. Nimmt daher der Käufer die Ware nachträglich an, so hört die Befugnis des Verkäufers, durch den Selbsthilfeverkauf zu erfüllen, auf [253]). Zu bemerken ist aber, daß durch die Klage auf Abnahme, selbst wenn ein Urteil auf Abnahme ergeht [254]) oder durch die Niederlegung nach § 373 Abs. 1 HGB. oder durch die Klage auf Erfüllung der Verkäufer der Befugnis zum Verkaufe nicht verlustig geht. Wenn jedoch der Selbsthilfeverkauf übermäßig hinausgeschoben wird, so kann darin unter besonderen Umständen ein Verzicht liegen [255]).

---

247) RG. Bd. 32 S. 63; Bd. 36 S. 87; Bd. 41 S. 63.
248) RG. Bd. 41 S. 64; ROHG. Bd. 21 S. 158.
249) RG. Bd. 36 S. 89.
250) RG. Bd. 36 S. 89.
251) RG. Bd. 66 S. 192; Bd. 57 S. 107.
252) So Staub-Koenige § 373 A. 42 S. 1013 Mitte.
253) cf. ROHG. Bd. 9 S. 84 u. 118; RG. Bd. 41 S. 64.
254) ROHG. Bd. 23 S. 190.
255) ROHG. Bd .23 S. 85; JW. 1896 S. 153 Nr. 37.

II. Die Zeit des Deckungsverkaufes.

Da das Gesetz in diesem Punkte wiederum schweigt, müssen die allgemeinen Grundsätze richtunggebend sein. Die Rechtsprechung hat auch hier die Wege gewiesen, besonders für den Deckungskauf, und die dafür aufgestellten Grundsätze sind, da sie dem Wesen des Deckungsverkaufes gerecht werden, auf diesen analog anzuwenden. Aus dem Wesen des Schuldnerverzuges folgt, daß verschiedene Möglichkeiten in Betracht kommen können [256]).

In der Regel wird eine Berechtigung zur Vornahme des Deckungsverkaufes dann gegeben sein, wenn Verzug eingetreten ist und der Käufer die ihm gesetzte Nachfrist fruchtlos hat verstreichen lassen, da dann feststeht, daß es zur Erfüllung nicht mehr kommen wird [257]). Grundsätzlich kann nun der Verkäufer wie beim Selbsthilfeverkaufe nach Eintritt des Gläubigerverzugs den Zeitpunkt nach seinem Belieben wählen und braucht die Interessen des Käufers nicht zu berücksichtigen. Aber wie beim Selbsthilfeverkauf darf er nicht willkürlich vorgehen. Da der Verkäufer sogar im Gegensatz zum Selbsthilfeverkauf außer Vorsatz Fahrlässigkeit schlechthin zu vertreten hat und der Deckungsverkauf als Mittel gedacht ist, ein vom Käufer ungedeckt gelassenes Bedürfnis zu befriedigen, hat die Vornahme des Verkaufes alsbald zu erfolgen und die spätere Zeit nach Ablauf der Nachfrist kommt regelmäßig nicht in Frage [258]). Ist der Deckungsverkauf vor Ablauf der Nachfrist vorgenommen, so ist dies auf Gefahr des Verkäufers geschehen, da er die vor Ablauf der Frist erfolgende Leistung des Käufers annehmen muß [259]). Der Ablauf der Nachfrist kann vom Verkäufer auch dann gewählt werden, wenn er dem Käufer eine Frist gesetzt hat, trotzdem sich dieser zur Erfüllung geweigert hat. Nur darf diese Fristbestimmung nicht gegen Treu und Glauben verstoßen [260]).

In den Fällen, wo eine Nachfriststellung nicht erforderlich ist (cf. die Ausführungen auf S. 57—60), kann der Dek-

---

256) cf. Staub-Koenige Anhg. zu § 374 A. 31 u. 69.
257. RG. Bd. 102 S. 348; JW. 1900 S. 255 Nr. 10.
258) JW. 1889 S. 153 Nr. 3.
259) A. Brecht Jher. Jahrb. Bd. 53 S. 253 u. 255.
260) Düringer-Hachenburg Bd. 2 Einltg. Anm. 357.

kungsverkauf schon nach dem Eintritt des Verzuges vorgenommen werden. Dies ist von besonderer Wichtigkeit in den Fällen, wo sich der Käufer nach Fälligkeit bestimmt geweigert hat, seinen Verpflichtungen nachzukommen [261]). Ebenso ist der Deckungsverkauf zwischen Verzugseintritt und Ablauf der Nachfrist gestattet, wenn der Verkäufer mit Recht annehmen kann, daß die Leistung ausbleiben wird und ihm nicht zuzumuten ist, sich mit der Haftung des Käufers für das Ausbleiben der Leistung zu begnügen, da der Käufer Schadensersatz nicht zu leisten vermag [262]). Voraussetzung ist, daß der Verkäufer dem Käufer die Wahl zwischen Schadensersatz oder Rücktritt anzeigt, da deren Zeitpunkt für die Vornahme des Deckungsverkaufes in Betracht kommt [263]). Entsprechend dem oben Dargelegten müssen die Wahlanzeige und der Deckungsverkauf möglichst schnell erfolgen.

Nach in der Literatur und Judikatur [264]) anerkannten Grundsätzen ist die Vornahme des Deckungsverkaufes auch schon vor Eintritt der Zahlungsfrist gestattet, wenn der Käufer erklärte, er werde nicht zahlen. Der Verkäufer kann aber auch so lange warten, bis der Erfüllungstermin und der Ablauf der Nachfrist verstrichen sind. Denn der vorzeitige Deckungsverkauf geht auf Gefahr des Verkäufers [265]), so daß der Käufer immer noch die Möglichkeit hat, bis zum Ablauf der Zahlungsfrist seinen Verzug zu widerrufen oder zu zahlen. Auch kann der Käufer nachweisen, daß der Verkäufer bei Eintritt des Verzuges einen vorteilhafteren Verkauf hätte vornehmen können. Dieser Einwand versagt jedoch, wenn für den Verkäufer ein besonderes Interesse vorhanden war, sich vorzeitig der Ware zu entledigen. Der Verkäufer kann, wenn dem Käufer der Nachweis gelingt, jedoch Ersatz

---

261) cf. RG. Bd. 5 S. 103 ff.; Bd. 57 S. 107; Bd. 101 S. 90; Bd. 102 S. 249.

262) A. Brecht a. a. O. S. 256 u. 257.

263) RG. Bd. 91 S. 31 u. 101; Bd. 52 S. 151.

264) cf. Staub-Koenige a. a. O. A. 69 u. Düringer-Hachenburg Bd. 2 Einltg. A. 357; ROHG. Bd. 14 S. 183; RG. Bd. 7 S. 44; RG. Bd. 51 S. 349, 350; RG. Bd. 52 S. 153.

265) RG. Bd. 52 S. 152; RG. Bd. 102 S. 348; JW. 1923 S. 922 Nr. 5.

des Schadens verlangen, den er dadurch erlitten hat, daß er die mit Rücksicht auf die Erfüllungsweigerung zur Wahrung seiner Interessen gebotenen Maßnahmen getroffen hat. Wenn aber die in der ernstlichen Erfüllungsweigerung liegende positive Vertragsverletzung derart ist, daß sie dem Verkäufer berechtigterweise zur sofortigen Vornahme des Deckungsverkaufs veranlaßte, kann der Käufer seine Erklärung nicht mehr zurücknehmen [266]).

§ 6. Die Bedingungen des Selbsthilfe- und Deckungsverkaufes.

I. Die Bedingungen des Selbsthilfeverkaufes.

Sie müssen grundsätzlich mit denen des ursprünglichen Vertrages übereinstimmen. Aber es ist nicht immer nötig, daß sie die gleichen sind, da die im einzelnen Falle vorliegenden Umstände häufig ein Abweichen von den Bedingungen des ursprünglichen Kaufvertrages verlangen [267]). M. E. muß die Ware so bezeichnet sein, daß die Beteiligten ersehen können, es werde die ursprünglich verkaufte Ware mit den vertragsmäßigen Eigenschaften zum Selbsthilfeverkauf gestellt [268]). Im übrigen sind die an dem betreffenden Orte geltenden geschäftlichen Uebungen und die Umstände des einzelnen Falles gegeneinander abzuwägen, so daß dem Verkäufer kein unbilliger Vorteil zugewendet und das Interesse des Käufers nicht in ungerechtfertigter Weise verletzt werden darf [269]). Der Verkäufer hat also die Möglichkeit, Bedingungen des ursprünglichen Handelskaufes ab-

---

266) RG. Bd. 57 S. 113, 114; Bd. 93 S. 286 ff.

267) Staub-Koenige § 373 A. 38—39; Düringer-Hachenburg Bd. 3 § 373 A. 38; a. M. Adler a. a. O. S. 503, nach dem aus dem Gesetz hervorgehen soll, daß der Verkäufer die Ware ohne besondere Bedingungen gegen Barzahlung zu verkaufen hat und daß nur solche Bedingungen, unter deren Berücksichtigung ein besonderer laufender Preis erzielt wird, in den Selbsthilfeverkauf übernommen werden müssen. Andernfalls mußte nach ihm der Verkäufer, wenn der Selbsthilfeverkauf auf Rechnung des Käufers gehen soll, ihn als Geschäftsführung ohne Auftrag rechtfertigen.

268) cf. RG. Bd. 29 S. 63; Bd. 19 S. 199.

269) ROHG. Bd. 10 S. 372; RG. Bd. 19 S. 200; JW. 1921 S. 394 Nr. 4.

zuändern oder auszulassen oder neue hinzuzufügen, wenn nur die Verwertung in der Weise vor sich geht, daß ohne Zweifel auch bei ihrer Beobachtung kein höherer Preis erzielt wäre [270]).

Was die Abänderung oder Auslassung von Bedingungen betrifft, so können diese den Erfüllungsort [271]), die Erfüllungszeit [272]), die Zahlung usw. betreffen. Betreffs der Zahlung ist z. B. erkannt, daß gegen Kasse verkauft werden kann, obwohl Zahlung auf den der Lieferung folgenden Monat [273]) oder nach Eintreffen am Bestimmungsort im ursprünglichen Kaufvertrag [274]) vorgesehen war. Aus der Natur des Selbsthilfeverkaufes ergibt sich aber, daß Abreden, die an die Person des Käufers geknüpft sind, z. B. eine Meistbegünstigungs- oder Kundenschutzklausel in Wegfall kommen. Der Ausschluß der Gewährsleitstung für Menge, Güte und Beschaffenheit der Ware ist unzulässig, wenn beim ursprünglichen Kauf eine Gewährleistungspflicht übernommen war, denn hierdurch wird bewirkt, daß der Selbsthilfeverkauf im Verhältnis zum ersten Kauf nur unter ungünstigeren Bedingungen zustande kommen kann. Einerseits fällt es schwerer, Kaufliebhaber zu finden, und andererseits wird ein geringerer Preis erzielt als beim Verkauf mit Garantie. Gegen Ausschluß der Gewährleistung ist nur dann nichts einzuwenden, wenn ausnahmsweise die Interessen des Käufers dadurch nicht verletzt werden [275]) oder die Bedingung des Ausschlusses durch andere Bedingungen wieder aufgehoben ist. Wenn schon im ursprünglichen Vertrag die Gewährleistung ausgeschlossen war, so möchte man annehmen, daß dies auch beim Selbsthilfeverkauf zulässig sei [276]). M. E. ist hier aber den Adlerschen Ausführungen zu folgen, nach denen es auf die Umstände ankommt [277]). Beim Selbsthilfeverkauf liegt die Sachlage oft ganz anders als beim ur-

---

270) Seufferts Archiv Bd. 50 S. 329.
271) ROHG. Bd. 10 S. 372.
272) ROHG. Bd. 21 S. 75.
273) Braunschweig OLGR. Bd. 28 S. 375.
274) Hamburg OLGR. Bd. 37 S. 19.
275) JW. 1904 S. 560 Nr. 26; LZ. 1911 S. 378 Nr. 4.
276) So z. B. Staub-Koenige a. a. O. S. 1010 Mitte u. JW. 1896 S. 431 Nr. 5.
277) S. 503—504.

sprünglichen Verkauf, denn hier ist z. B. der Ausschluß aus dem Grunde erfolgt, weil der Verkäufer den Zustand der Ware nicht kannte. Wenn sie angekommen ist, kennt er aber ihren Fehler, und er muß ihn nach § 476 BGB. dem zweiten Käufer anzeigen oder er weiß, daß die Ware mängelfrei ist. Es liegt also keine kaufmännische Situation hier vor, die die Ausschließung oder Beschränkung der Gewährleistung rechtfertigt.

II. Die Bedingungen des Deckungsverkaufes.

Der für sie geltende Grundsatz ist, daß sie wie beim Selbsthilfeverkauf mit denen des ursprünglichen Vertrages übereinstimmen müssen[278]). War z. B. der ursprüngliche Käufer zur Barzahlung verpflichtet, so hat auch der Dekkungsverkauf gegen Barzahlung zu erfolgen. Es dürfen vor allem keine schwereren, als der Verkäufer bei seinem Schuldner hatte, vereinbart werden[279]). Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß im Einzelfall Treu und Glauben eine Abweichung von den ursprünglichen Bedingungen zulassen oder sogar notwendig machen. Wenn z. B. der Deckungsverkauf an der Forderung der Barzahlung scheitern könnte oder dadurch ein schlechterer Preis erzielt würde, so ist es dem Verkäufer gestattet, einen Kreditverkauf abzuschließen. Mit Rücksicht auf die bestmögliche Verkäuflichkeit der Ware darf der Verkäufer auch einen andern Erfüllungsort, andere Lieferungsfristen usw. mit dem neuen Käufer abmachen.

Kapitel 4: Die Wirkungen des Selbsthilfe- und Deckungsverkaufes.

Abteilung A. Die Wirkungen des Selbsthilfeverkaufes.

§ 1. Die Wirkungen im allgemeinen.

Beim handelsrechtlichen Selbsthilfeverkauf sind in der Regel vier Personen vorhanden: Der Verkäufer als der Verkaufsberechtigte, der Käufer als der Vertragsteil, der den Selbsthilfeverkauf gegen sich gelten lassen muß, der Er-

278) Staub-Koenige Anhg. zu § 374 A. 31 u. 72.
279) cf. ROHG. Bd. 14 S. 6; LZ. 1920 S. 484 Nr. 6.

werber der veräußerten Ware und die Mittelsperson, deren sich der Verkäufer zur öffentlichen Versteigerung oder zum freihändigen Verkauf bedient. Wenn die Wirkungen des Selbsthilfeverkaufs untersucht werden sollen, sind also zu betrachten: das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und der Mittelsperson, die Beziehungen zwischen dem Berechtigten und Erwerber, und der Einfluß des Selbsthilfeverkaufes auf das zugrundeliegende Schuldverhältnis.

§ 2. Die Stellung des Verkaufsberechtigten zur Mittelsperson.

Aus dem Gesetz geht nicht hervor, wie das Rechtsverhältnis zwischen dem Verkaufsberechtigten und seinen Mittelspersonen juristisch zu konstruieren ist. Da die § 456 und 457 BGB. von „Beauftragten", „Auftrag" und „Auftraggeber" sprechen, könnte angenommen werden, daß ein Auftragsverhältnis im Sinne von § 662 ff. BGB. vorliegt, aber da niemand einen Auftrag anzunehmen braucht (im § 663 BGB. und 362 HGB. besteht nur eine Verpflichtung zur Erklärung bei Ablehnung), während die Vermittler beim Selbsthilfeverkauf verpflichtet sind, dem Wunsche des zum Verkauf Berechtigten nachzukommen mit der Ausnahme, daß gesetzliche Ablehnungsgründe vorliegen, kann ein Auftrag im technischen Sinne nicht vorliegen. Beim Angehen der Mittelsperson macht der Berechtigte vielmehr von einer Einrichtung Gebrauch, die der Rechtsstaat bereitstellt, so daß die Mittelsperson auf Grund einer Pflicht handelt, die ihr kraft Gesetzes obliegt. Es ist aber zu beachten, daß, wenn der Vermittler für den Berechtigten tätig wird, auch ein zivilrechtliches Verhältnis zwischen ihnen entsteht, das dem Auftrag sehr ähnlich ist, so daß dessen Vorschriften sinngemäße Anwendung finden. Da die Mittelsperson im Namen des Verkäufers handelt, ist dieser befugt, ihr Anweisungen über die Durchführung des Selbsthilfeverkaufes zu geben, soweit sie sich mit ihrem Amte in Einklang bringen lassen.

§ 3. Das Rechtsverhältnis zwischen den Verkaufsberechtigten und dem Ersteher der Kaufsache.

Auf Grund des Zuschlags ist der Ersteher berechtigt, vom Verkäufer die erstandene Sache zu fordern. Das Eigentum an ihr erwirbt er sowohl im Falle des öffentlichen wie

des freihändigen Verkaufs nach den §§ 929 ff. BGB. durch Einigung und Uebergabe bzw. ein Uebergabesurrogat. Bezüglich der Erwerbsmöglichkeit des Erstehers kommen die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb (§ 932 —936 BGB. und § 366 HGB.) zur Anwendung. Wenn also der Verkäufer kein Eigentümer ist und der Ersteher weiß oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht weiß, daß dem Veräußerer kein Eigentum am Verkaufsgegenstand zusteht oder daß er im Fall des § 366 HGB. nicht mindestens verfügungsberechtigt ist, so erwirbt der Ersteher kein Eigentum, selbst wenn er gutgläubig die formrichtige Durchführung des Selbsthilfeverkaufs annahm. Wenn er aber gutgläubig ist, so erwirbt er beim Verkauf im Wege der öffentlichen Versteigerung, nicht dagegen beim freihändigen Verkauf, auch dann Eigentum, wenn der Verkaufsgegenstand dem Eigentümer gestohlen worden ist. Es gibt jedoch Fälle, wo dem Verkäufer die Veräußerungsbefugnis auch dann gesetzlich verliehen ist, wenn er nicht Eigentümer ist[280]). In diesem Falle ist es also gleichgültig, ob der Erwerber den Verkäufer für den Eigentümer hält oder nicht. Diese Wirkung, die als „Uebertragungswirkung" oder „Eigentumsentziehungswirkung" des Selbsthilfeverkaufes bezeichnet werden kann, greift, im Gegensatz zum bürgerlichen Recht, im HGB. sehr selten Platz, da der Fall so liegen muß, daß der ursprüngliche Käufer bereits Eigentümer war und nur bei der Annahme der Besitzübertragung in Verzug geraten ist. Dies wird vor allem dann vorliegen, wenn die Eigentumsübertragung durch Uebersendung der Transportpapiere stattgefunden hat, aber nicht in dem Falle, wo der Eigentumsübergang durch constitutum possessorium vollzogen ist, weil hier ein Selbsthilfeverkauf des besitzenden Nichteigentümers vorliegt, der nicht den handels- sondern den bürgerlichrechtlichen Vorschriften unterliegt. Die Uebertragungswirkung ergibt sich sowohl aus dem Gesetz, da § 373 HGB. als Bedingung des Verkaufsrechts nur Säumnis des Käufers und nicht auch Eigentum des Verkäufers an der zu versteigernden Ware verlangt, als auch aus der ganzen Natur des Selbsthilfeverkaufes, wenn er dem Verkehrsleben von Nutzen sein soll. Ebenso ist dem Verkäufer die Verfügungsbefugnis auch dann gesetzlich ge-

280) cf. M. Sohm a. a. O. S. 112.

währt, wenn der säumige Käufer schon Besitzer der Ware ist und sich nur hinsichtlich der Eigentumsübertragung in Annahmeverzug befindet, wie z. B. im Fall der brevi manu traditio nach § 929 S. 2 BGB. Der Erfolg, der dadurch erreicht wird, daß durch die Vornahme des Selbsthilfeverkaufes der Besitz des Käufers ein unrechtmäßiger wird, läßt sich als „Besitzverschlechterungswirkung" bezeichnen [281]).

Unerheblich ist es, ob der Erwerber betreffs der Beobachtung der materiellen und formellen Erfordernisse im guten Glauben war. Wenn also diese Vorschriften verletzt sind, ist die Veräußerung dem Ersteher auch dann gegenüber wirksam, wenn dieser die Ordnungswidrigkeit kannte. Dies geht daraus hervor, daß mangels besonderer Regelung, wie sie z. B. beim bürgerlich-rechtlichen Pfandverkauf aufgestellt ist (cf. § 1243 und 1244), die Erwerbsmöglichkeit des Erstehers nur durch das fehlende Eigentum des Veräußerers nach den §§ 932 ff. BGB. eingeschränkt ist.

§ 4. Einfluß des Selbsthilfeverkaufs auf das Ursprungsschuldverhältnis.

I. Im Verhältnis des Verkäufers zum Käufer treten zwei Wirkungen ein. Die „Tilgungswirkung" und die „Entäußerungs-" oder „Hafterleichterungswirkung".

A. Die „Tilgungswirkung": Sie ist die Funktion des Selbsthilfeverkaufes, die dem Verkäufer das Recht zu einer Veräußerung der Ware zuspricht und dadurch einen Einfluß auf den ursprünglichen Vertrag mit der Wirkung gewährt, daß der Verkäufer von seiner Schuld frei wird [282]). Während die Tilgungsfunktion des bürgerlichrechtlichen Selbsthilfeverkaufes aber erst dann eintritt, wenn sie sich mit der Hinterlegung verbindet und das Rücknahmerecht des Schuldners ausgeschlossen ist, und, wenn letzteres nicht vereinbart ist, nur die dem Depositionsrecht eigentümlichen Rechtswirkungen äußert, ist die Tilgungswirkung des handelsrechtlichen Selbsthilfeverkaufes eine unmittelbare und eine stärkere [283]).

---

281) cf. Otto Höninger a. a. O. S. 88.
282) cf. M. Sohm a. a. O. S. 110—111.
283) cf. Martin Sohm a. a. O. S. 137.

a) Die unmittelbare Wirkung besteht darin, daß die Umwandlung der Leistungspflicht des zum Verkauf Berechtigten von einer Sachschuld in eine Geldschuld ohne Hinterlegungspflicht vor sich geht und daher der Verkäufer schon allein durch den Selbsthilfeverkauf von seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger befreit wird. Der Selbsthilfeverkauf ist also zum wirklichen Erfüllungssurrogat geworden.

b) Die gegenüber dem Selbsthilfeverkauf des BGB. hervortretende stärkere Wirkung zeigt sich darin, daß der handelsrechtliche Selbsthilfeverkauf auf Rechnung des säumigen Kontrahenten erfolgt. Hieraus ergibt sich, daß der Verkäufer nur den Reinerlös nach Abzug der Kosten herauszugeben hat. Die rechtliche Lage ist genau so, als wenn der Käufer rechtzeitig angenommen und die Ware dann weiter verkauft hätte, und zwar zu dem Preise, den der Verkäufer erzielt hat. Dadurch, daß nun der Verkäufer die Ware veräußert hat, ist das ursprüngliche Schuldverhältnis beendigt und der Erlös ohne rechtlichen Grund in seinen Händen, so daß er ihn nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung herausgeben muß.

B. Die „Entäußerungswirkung": Sie ist die Funktion des Selbsthilfeverkaufes, die bezweckt, daß durch seine Vornahme der Verkäufer nicht wie bisher für die geschuldete Ware haftet, sondern eine Erleichterung eintritt [284]). Nach vollzogenem Selbsthilfeverkauf steht der Verkäufer seinem Kontrahenten als gewöhnlicher Geldschuldner gegenüber und er hat, anstatt auf das geschuldete Gut, dessen Aufbewahrung ihm unter Umständen besondere Mühe machen kann, nur darauf zu achten, daß er zahlungsfähig bleibt [285]).

II. Was die Verpflichtung betrifft, den Erlös zu verzinsen, so ist darauf hinzuweisen, daß, wenn die Kontrahenten Kaufleute sind, die Vorschrift des § 353 HGB. trotzdem nicht Anwendung findet, denn Schuldgrund der Herausgabe des Erlöses ist kein Rechtsgeschäft, daher auch kein beiderseitiges Handelsgeschäft. Für die Zinspflicht kommt vielmehr § 819 BGB. in Betracht, wonach der Erlös, sobald der Schuldner von dem Mangel des rechtlichen Grundes Kenntnis erlangt hat, zu verzinsen ist. Da der Verkäufer aber in

284) cf. M. Sohm a. a. O. S. 110.
285) cf. M. Sohm a. a. O. S. 136—137.

der Regel seinen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises und der ihm durch Verschulden des Käufers und durch den Annahmeverzug entstandenen Kosten gegen die Forderung des Käufers aufrechnen wird, so wird er nicht dazu kommen, den Erlös zu erstatten und Zinsen zu zahlen. Letzteres tritt aber nicht ein, wenn der Kaufpreis noch nicht fällig ist; denn dann muß der Verkäufer den Erlös regelmäßig an den Käufer herausgeben, da ihm weder ein Aufrechnungs- noch ein Zurückbehaltungsrecht zusteht [286]). Will der Käufer das Geld nicht annehmen, so hat der Verkäufer gemäß § 374 HGB. in Verbindung mit § 372 BGB. das Recht, den Erlös zu hinterlegen. Will der Verkäufer dagegen den Kaufpreis nicht aushändigen, so muß er den Selbsthilfeverkauf nach den Vorschriften des § 383 BGB. bewirken.

Wenn der aus dem Selbsthilfeverkauf erzielte Erlös geringer ist als die geschuldete Kaufpreissumme, was die Regel sein wird, dann kann der Verkäufer die Differenz vom ursprünglichen Käufer verlangen; wenn der Erlös jedoch höher ist, so kommt er dem Käufer zugute und es muß ihm dann der Ueberschuß ausbezahlt werden [287]). Gemäß § 354 HGB. kann der Verkäufer wegen des von ihm vorgenommenen Selbsthilfeverkaufes Provision verlangen, die er vom Erlös abziehen kann. Da der Verkauf auf Rechnung des Käufers erfolgt, ist die Voraussetzung, daß einem anderen Dienste geleistet werden, erfüllt, wobei unerheblich ist, ob auch die Handlung dem eigenen Interesse des Handelnden dient [288]).

Abteilung B. Die Wirkungen des Deckungsverkaufes.

Da betreffs des Rechtsverhältnisses des Verkaufsberechtigten zur Mittelsperson, das natürlich nur beim förmlichen Deckungsverkauf eine Rolle spielt, und zum Ersteher der Kaufsache nichts Besonderes zu bemerken ist, kann auf das in dem § 2 und 3 der Abteilung A Gesagte verwiesen wer-

---

286) Düringer-Hachenburg Bd. 3 § 373 Anm. 39.

287) RG. Bd. 5 S. 65.

288) So Staub-Koenige § 373 Anm. 58 und § 354 Anm. 5; a. M. Düringer-Hachenburg Bd. 3 § 373 Anm. 39 und Bd. 2 § 354 Anm. 6.

den. Hervorgehoben sei, daß das über die „Uebertragungswirkung" Ausgeführte gemäß dem Wesen des Deckungsverkaufes keine Anwendung findet. Was den Einfluß auf das Ursprungsverhältnis betrifft, so wird der Verkäufer von seiner Verbindlichkeit, die Sache zu liefern, zwar schon mit Ablauf der Frist, die er dem Käufer zur Bewirkung seiner Zahlung gesetzt hatte, befreit, und es entsteht statt dessen ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Hierfür dient aber der Deckungsverkauf als Grundlage. Der Schaden besteht in der Differenz zwischen der ursprünglichen Schuld und dem niedrigeren Preise, der bei dem Verkauf erzielt ist, wobei jedoch beide Beträge um die Aufwendungen zu kürzen sind, die der Verkäufer bei Ausführung des ursprünglichen Vertrages gehabt hätte bzw. bei Ausführung des Deckungsverkaufes gehabt hat.

Im Gegensatz zum Selbsthilfeverkauf erfolgt der Dekkungsverkauf auf Rechnung des Verkäufers. Daraus geht hervor, daß, wenn der Verkäufer beim Deckungsverkauf einen Gewinn erzielt, indem der Erlös höher als die geschuldete Leistung ist, er diesen Mehrbetrag nicht herauszugeben braucht [289]). Aber er muß den Gewinn auf den sonstigen Schaden, den er wegen der Nichterfüllung erlitten hat, in Abzug bringen [290]), so daß ein Fall der compensatio lucri cum damno vorliegt. Ferner hat der Verkäufer, der ein Handelsgewerbe betreibt, keinen Anspruch auf eine aus dem Verkauf zu zahlende Provision, da er für eigene Rechnung vorgeht [291]).

Kapitel 5: Der unrechtmäßige Selbsthilfe- und Deckungsverkauf und deren Folgen.

I. Der unrechtmäßige Selbsthilfeverkauf und seine Folgen.

Die Wirkungen des Selbsthilfeverkaufs bezüglich des Einflusses auf das Ursprungsschuldverhältnis treten nicht ein, wenn er nicht rechtmäßig erfolgt ist. Dies hat seinen Grund darin, daß entweder eine mangelnde Befugnis zur

289) RG. Bd. 102 S. 390; Bd. 61 S. 281.
290) cf. RG. Bd. 15 S. 73; ROHG. Bd. 22 S. 187.
291) cf. Staub-Koenige § 354 A. 5.

Vornahme vorlag oder der Selbsthilfeverkauf selbst nicht ordnungsgemäß vorgenommen ist.

1. Eine mangelnde Befugnis zur Vornahme des Selbsthilfeverkaufes ist in verschiedener Weise möglich: entweder ist eine solche Befugnis nie zur Entstehung gelangt oder die vorhandengewesene ist wieder untergegangen. Zur ersteren Alternative gehört der Fall, daß nie ein Annahmeverzug des Käufers vorlag, sei es, daß der Käufer die Annahme nie verweigert hatte oder daß die Ware nicht gehörig angeboten war. Zur zweiten werden die Fälle gerechnet, in denen der Annahmeverzug zwar gegeben, aber nachträglich weggefallen ist, indem der säumige Käufer alles nachholt, was zur gehörigen Annahme gehört oder der Verkäufer die Ware unter Verzicht auf die Folgen des Gläubigerverzuges zurücknimmt.

Ein Selbsthilfeverkauf, der trotzdem vorgenommen wird, ist kein Selbsthilfeverkauf nach § 373 HGB.; weder der Verkäufer noch der Käufer sind an ihn gebunden. Dadurch ist aber nicht ausgeschlossen, daß der Weiterverkauf gegenüber dem Ersteher besteht und dieser auch Eigentümer geworden ist[292]). Der Verkäufer bleibt also zur Gegenleistung verpflichtet, einerlei, ob eine Einzel- oder Gattungssache geschuldet wird. Im ersteren Falle ist es dem Verkäufer durch den Selbsthilfeverkauf unmöglich geworden, den Kaufvertrag zu erfüllen, und es stehen dem Käufer sämtliche Wege offen, die er nach dem § 325 BGB. beschreiten kann. Eine Erfüllung mit einer anderen Sache braucht sich der Käufer nicht gefallen zu lassen; der Verkäufer kann nicht eine andere Sache anbieten und mit ihr den Selbsthilfeverkauf wiederholen. Zur Erfüllung ist er nur dann noch imstande, wenn er die Sache selbst ersteigert hat oder sie irgendwie wieder erlangen kann. Handelt es sich um einen Gattungskauf, so ist zu unterscheiden, ob eine Individualisierung stattgefunden hat oder nicht. Während im ersteren Fall Entsprechendes wie beim Spezieskauf gilt, kann im letzteren Falle, der regelmäßig Platz greift, der Verkäufer trotz des unrechtmäßigen Selbsthilfeverkaufs noch seiner Verpflichtung durch Lieferung einer Sache aus der Gattung nachkommen und so bei vorhandenem Verzug zu einem neuen

292) cf. die Ausführungen Kap. 4 A § 3 S. 84 u. 85.

Selbsthilfeverkauf schreiten, wenn nicht der Käufer ein Interesse daran hatte, gerade die angebotene Ware zu erhalten. Ebenso wie beim Gattungskauf ist die Sachlage, wenn der Käufer durch ein gehöriges Angebot in Verzug versetzt worden ist, der Verkäufer aber dann nicht die konkretisierte Ware verkauft hat und der Selbsthilfeverkauf deshalb ungültig ist[293]).

2. Fehlen die übrigen materiellen Erfordernisse oder sind die formellen Vorschriften nicht beachtet, so ist außer dem Falle des § 373 Abs. 5 HGB. streitig, wann sie Unwirksamkeit oder wann keine herbeiführen und ob sie letzteren Falles eine Schadensersatzpflicht begründen. Eine Ansicht[294]), die besonders von Adler vertreten wird, unterscheidet zwischen wesentlichen und bloß instruktionellen Vorschriften, und zwar mit der Folge, daß bei Nichtbeobachtung der ersteren Nichtigkeit, der letzteren dagegen bei Außerachtlassung des geforderten Maßes von Sorgfalt, eine Schadensersatzpflicht eintritt. Zu den Solennitätsvorschriften rechnet Adler nur die, die sich klar und unzweideutig aus dem Gesetz ergeben, das sind die vorgängige Androhung und der Verkauf in gehöriger Form, d. h. durch öffentliche Versteigerung, die, wenn die Ware einen Börsen- oder Marktpreis hat, durch einen Verkauf durch eine Mittelsperson zum laufenden Preise ersetzt werden kann. An die Unterlassung der Benachrichtigungen knüpft das Gesetz, wie schon hervorgehoben, nur eine Schadensersatzpflicht, so daß diese Fälle hier ausscheiden. Alle übrigen Vorschriften sind nach Adler nur instruktionelle, so die über die Person des Verkaufsberechtigten, die Gegenstände, den Ort, die Zeit, die Kaufbedingungen und die Ausschließung vom Bieten. Was die letztere Vorschrift betrifft, so dürfen, wie oben hervorgehoben[295]), bei der Versteigerung nicht die in den §§ 456 und 457 BGB. aufgeführten Personen mitbieten. Der trotzdem erfolgte Verkauf ist nicht ohne weiteres als nicht für Rechnung des säumigen Käufers erfolgt anzusehen, sondern seine Wirksamkeit hängt nach § 458 von der Zustimmung der bei dem Verkaufe als Schuldner, Eigentümer oder Gläubiger Beteilig-

293) RG. Bd. 32 S. 63; ROHG. Bd. 23 S. 84.
294) A. a. O. S. 510—511.
295) cf. Kap. 3 § 3 I. S. 68.

ten ab. Da hier eine gesetzliche Regelung besteht, ist dieser Fall fortan ebenfalls aus unserer Betrachtung auszuscheiden. Wenn daher die wesentlichen Formen des § 373 beobachtet sind, kann nach Adler der Käufer den Selbsthilfeverkauf nur zurückweisen, wenn der Verkäufer wußte oder wissen mußte, daß er sich außerhalb des Gesetzes bewegte oder wenn Treu und Glauben verletzt sind. Als Beispiel führt er an, daß der Käufer den Verkauf nicht aus dem Grunde ablehnen darf, weil am Ablieferungsort statt am Leistungsort verkauft ist, und sich mit Schadensersatz begnügen muß. Unwirksamkeit tritt dagegen dann ein, wenn der Ort vom Verkäufer ganz willkürlich und unzweckmäßig gewählt ist, damit er die Ware selbst möglichst ungestört durch andere Bieter, billig ersteigern kann. M. E. geht Adler zu weit und es ist der Meinung zuzustimmen, die in ständiger Rechtsprechung zum Ausdruck gekommen ist[296]). Hiernach läßt sich nicht behaupten, daß der Selbsthilfeverkauf nur dann Ungültigkeit nach sich zieht, wenn der Verkäufer arglistig oder grobfahrlässig verfahren ist. Obgleich § 300 Abs. 1 BGB. eine solche Haftungserleichterung festsetzt, bezieht sich diese nur auf die Sorge für den Leistungsgegenstand, den der Verkäufer besitzt, nicht aber auf die Ausübung von Rechten, die aus dem Annahmeverzuge entstehen[297]). Wie Staub[298]) treffend hervorhebt, steht § 300 BGB. zu § 373 HGB. in dem Verhältnis, daß Annahmeverzug mit den Wirkungen des § 300 Voraussetzung für die Anwendung des § 373 ist, und gibt § 373 dem Verkäufer einen Erfüllungsanspruch, der seinen eigenen Regeln und den allgemeinen des § 376 BGB. und 346 HGB. untersteht. Aus dem Dargelegten geht also hervor, daß der Verkäufer bei Befolgung der Formvorschriften des Selbsthilfeverkaufs für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, also auch für leichtes Versehen einzustehen hat[299]). Obgleich Adler[300]), wie hervorgehoben, auch von der Voraussetzung ausgeht, daß § 300 BGB. sich nicht auf die Ausübung von Rechten

296) cf. JW. 1921 S. 394 Nr. 4; 1910 S. 298 Nr. 36.

297) Motive a. a. O. Bd. 2 S. 74; Adler a. a. O. S. 488 bis 490; Staub-Koenige § 373 A. 44.

298) § 373 a. a. O.

299) A. M. Düringer-Hachenburg Bd. 3 § 373 A. 22.

300) A. a. O. S. 489.

bezieht, die der Verkäufer infolge des Gläubigerverzuges vorzunehmen berechtigt ist, kommt er, wie eben ausgeführt, bei der Beobachtung der Formvorschriften zu einem andern Resultat [301]). Als Ergebnis dieser Betrachtungen läßt sich der Satz aufstellen, daß ein in ungesetzlicher Weise erfolgter Selbsthilfeverkauf nicht die ihm beigelegten Wirkungen ausübt, daß er also ohne Wirksamkeit ist, nicht daß aus ihm bloß eine Schadensersatzpflicht entsteht, denn eine solche kennt das Gesetz, abgesehen von der Unterlassung der Benachrichtigung von Ort und Zeit des Verkaufs, nicht. Wenn also die Vorschriften über die Art der Vornahme, die Zeit, den Ort, den Gegenstand und die Kaufbedingungen verletzt sind, so ist der Verkauf dem ursprünglichen Käufer gegenüber nichtig. Doch sind hiervon einige Ausnahmen gemacht worden:

a) Was das Erfordernis des laufenden Preises beim freihändigen Verkauf betrifft, so geht die jetzt herrschende Meinung m. E. mit Recht dahin, daß das Erfordernis des laufenden Preises nicht für so erheblich erachtet wird, daß bei Verletzung Unwirksamkeit eintritt [302]). Es kann dem Käufer gleich sein, ob er seinen Anspruch in Höhe des laufenden Preises direkt aus dem freihändigen Verkauf oder durch den Verkaufserlös und Zuschlag des Verkäufers erhält. Diese Ansicht steht nicht mit früheren Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts [303]) in Widerspruch, wonach Unwirksamkeit des freihändigen Verkaufs dann eintreten soll, wenn durch ihn voraussichtlich der laufende Preis nicht erreicht werden kann und trotzdem keine öffentliche Versteigerung gewählt ist, denn die Plenarentscheidung in Bd. 10 S. 370 geht davon aus, daß trotz aller Sorgfalt der Verkäufer nicht voraussehen konnte, daß er den laufenden Preis nicht erzielen würde [304]).

b) Wenn am falschen Orte verkauft wird, so ist ebenfalls streitig, ob Unwirksamkeit des Selbsthilfeverkaufes oder nur eine Schadensersatzpflicht eintritt. Hierbei sind

301) A. a. O. S. 510.

302) ROHG. Bd. 10 S. 370; Staub-Koenige § 373 A. 34 u. 44; Adler a. a. O. S. 510.

303) ROHG. Bd. 10 S. 101; Bd. 7 S. 69.

304) Dies übersehen Düringer-Hachenburg Bd. 3 § 373 A. 32 u. Lehmann-Ring § 373 Nr. 25.

die Meinungen, die für § 383 BGB. aufgestellt sind, zu berücksichtigen. Eine Ansicht[305]) läßt den Verkauf unwirksam sein mit der Begründung, daß das BGB. die Fälle, in denen der Gläubiger auf einen Schadensersatzanspruch beschränkt wird, ausdrücklich hervorhebe (§ 374 Abs. 1 u.2; § 384 Abs. 2; § 391 Abs. 1; § 1220 Abs. 2) und darin ein argumentum e contrario für die Ungültigkeit des Selbsthilfeverkaufs liege. Mit Recht wendet sich hiergegen die wohl jetzt herrschende Ansicht[306]), die nur einen Entschädigungsanspruch seitens des Gläubigers zuläßt. Nach ihr müßte das Argument der ersteren Ansicht eine Gleichmäßigkeit im Aufbau des Gesetzes voraussetzen, die aber nicht vorhanden ist. Für sie ist vielmehr ein sachliches Moment ausschlaggebend, das in der Analogie mit dem Pfandverkauf liegt. Auch dort handelt es sich um den Verkauf einer fremden Sache für fremde Rechnung, der genau geregelt ist, und zwischen Verstößen, welche die Rechtmäßigkeit des Verkaufs und solche, die nur eine Schadensersatzpflicht begründen, unterscheidet. Zu den letzteren gehört auch der Verkauf am unrechten Ort (§ 1243 Abs. 2 u. 1236 BGB.), und es ist nicht einzusehen, warum beim Selbsthilfeverkauf in solchem Falle Unwirksamkeit eintreten soll. Hierzu kommt noch, daß, wenn die erstere Ansicht die richtige ist, sie auch im Falle des § 383 Abs. 2 BGB. Geltung haben müßte, aber die Wirksamkeit des Selbsthilfeverkaufes kann nicht von einer ungewissen Tatsache wie der bloßen Erwartung abhängen. Diese Ansicht fordert für § 373 HGB. um so mehr Geltung, als hier keine Vorschrift für den Leistungsort gegeben ist.

Die Fehlerhaftigkeit des Selbsthilfeverkaufes wird außer den genannten Ausnahmen nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Vorschriften im einzelnen Falle nicht beobachtet werden konnten[307]), oder daß sich der Käufer durch Mitbieten be-

---

305) Staudinger § 383,7; Schollmeyer § 383 Nr. 4; Rosenberg JhJ. Bd. 43 S. 241—243; Müller JhJ. Bd. 41 S. 458.

306) Planck § 383,3; Oertmann § 383,4; Enneccerus I 2 § 291,2 Note 2; RG. Bd. 95 s. 117 ff.; Bd. 104 S. 421; Bd. 110 S. 269.

307) ROHG. Bd. 13 S. 60.

teiligt hat[308]). Beim Vorliegen des ersteren Falles dürfen die Befugnisse des § 373 nicht ausgeübt werden, nicht ist es dem Verkäufer gestattet, sich über die Formvorschriften hinwegzusetzen. Wenn beim ordnungswidrigen Verkauf ein höherer Preis erzielt worden ist, als es beim ordnungsmäßigen der Fall gewesen wäre, muß m. E. angenommen werden, daß der Käufer sich nicht auf die Fehlerhaftigkeit berufen kann. Abgesehen davon, daß es praktisch kaum vorkommen wird, da der höhere Preis dem Käufer zu Gute kommt, würde ein solches Vorgehen Treu und Glauben widersprechen, da ein Schade nicht entstanden ist[309]).

Durch die Zustimmung des säumigen Käufers kann die Fehlerhaftigkeit des Selbsthilfeverkaufs geheilt werden, und er ist dann sowohl dem Käufer wie dem Verkäufer gegenüber wirksam. Der ordnungswidrige Selbsthilfeverkauf gilt aber weder dem Käufer noch dem Verkäufer gegenüber: der Käufer behält seinen Erfüllungsanspruch und der Verkäufer kann, wenn er die Ware, die er zu liefern hatte, noch zu seiner Verfügung hat, jetzt den Selbsthilfeverkauf vornehmen[310]). Wenn eine bestimmte Sache zu leisten war, so ist er nur dann in dieser Lage, wenn er die Sache selbst ersteigert hat oder sie sonst wiedererlangen kann[311]); andernfalls kann der Käufer die Rechte aus § 325, insbesondere Schadensersatz wegen Nichterfüllung, geltend machen. Bei einer Gattungsware ist durch das Angebot und die Versteigerung der Kaufvertrag auf diese Sache beschränkt worden, und es ist dem Verkäufer wie bei der Speziesschuld unmöglich geworden, den Vertrag zu erfüllen[312]). Die Rechtsprechung[313]), der sich die Literatur angeschlossen hat, hat

---

308) ROHG. Bd. 20 S. 24.

309) So auch Staub-Koenige § 373 Anm. 44 am Ende. Im Widerspruch hiermit steht dieser Kommentar a. a. O. Anm. 46 am Anfang, wonach unter Berufung auf ROHG. Bd. 12 S. 175—178 die Ansicht vertreten wird, daß in einem solchen Falle der Selbsthilfeverkauf unzulässig sei.

310) RG. Bd. 41 S. 63.

311) cf. die Ausführungen dieses Kapitels S. 89.

312) LZ. 1921 S. 227 Nr. 12.

313) RG. Bd. 91 S. 112; Bd. 34 S. 99; LZ. 1912 S. 223 Nr. 6; Staub-Koenige § 373 A. 46; Düringer-Hachenburg § 373 A. 41.

aber dem Verkäufer in diesem Falle das Recht gewährt, mit Sachen gleicher Art und Güte einen zweiten Selbsthilfeverkauf unter gehöriger Androhung vorzunehmen, wenn nicht das Interesse des Käufers darauf hinging, nur die versteigerte Ware zu erhalten. Zur Begründung dieses Rechtes wird mit Recht geltend gemacht, daß der Käufer, der einem solchen Verkauf widersprechen würde, gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstößt, besonders auch deshalb, da er durch seine Annahmeverweigerung zum Ausdruck gebracht hat, an der Ware sei ihm nichts gelegen. Beim Gattungskauf braucht der Verkäufer die Ware nicht noch einmal anbieten, sondern der Käufer bleibt, solange der Verkäufer lieferungsbereit und imstande ist, vertragsmäßige Ware zu liefern, in Annahmeverzug, so daß der Verkäufer nur noch einmal anzudrohen braucht [314]).

II. Der unrechtmäßige Deckungsverkauf und seine Folgen.

Ebenso wie beim Selbsthilfeverkauf treten die Wirkungen des Deckungsverkaufes nicht ein, wenn er nicht rechtmäßig erfolgt ist. Auch dies kann seinen Grund darin haben, daß einmal eine mangelnde Befugnis zur Vornahme gegeben war und zum andern der Deckungsverkauf nicht ordnungsgemäß vorgenommen worden ist.

1. Die mangelnde Befugnis zur Vornahme des Dekkungsverkaufs liegt vor, wenn die Vorschriften über den Entstehungsgrund und über die Einleitung nicht beobachtet sind. Ein solcher Verkauf übt wie der unzulässige Selbsthilfeverkauf keine Wirkung auf das ursprüngliche Schuldverhältnis aus. Er ist daher sowohl dem Käufer gegenüber unwirksam, so daß der Verkäufer ihn nicht zur Grundlage seiner Schadensberechnung machen kann und, wenn der Käufer später zahlt, zur Gegenleistung verpflichtet bleibt, als auch dem Verkäufer gegenüber. Dieser kann, wenn es sich bei dem verkauften Gegenstand um eine Gattungssache gehandelt und noch keine Konzentration stattgefunden hat, wie beim Selbsthilfeverkauf einen zweiten Deckungsverkauf vornehmen.

---

314) So Staub-Koenige a. a. O.; a. M. Adler a. a. O. S. 509.

2. Beim Außerachtlassen der übrigen Vorschriften treten andere Wirkungen als im entsprechenden Falle des Selbsthilfeverkaufes ein[315]). Denn da der Deckungsverkauf nicht unter dem Zeichen fester Regeln steht, ergibt sich, daß Abweichungen von dem, was Treu und Glauben gebieten, nicht die Ungültigkeit des Verkaufs bewirken, sondern nur zur Folge haben, daß bei der Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung der Preis in Ansatz gebracht wird, der sich bei einem ordnungsmäßigen Deckungsverkauf ergeben hätte. Dies gilt auch, wenn bei einem formellen Deckungsverkauf die Formen nicht gewahrt sind, denn der Verkäufer kann sich jederzeit darauf berufen, daß er den Deckungsverkauf statt in der Form der öffentlichen Versteigerung auch formlos hätte vornehmen können.

Schluß.

Es kann sein, daß beim Kauf lediglich Annahmeverzug des Käufers vorhanden ist, wenn z. B. der Kaufpreis gestundet oder im voraus gezahlt ist, oder daß lediglich Zahlungsverzug des Schuldners vorliegt, wenn der Schuldner z. B. vorzuleisten hat. In der Regel werden aber Annahme- und Zahlungsverzug gleichzeitig vorliegen, und der Verkäufer hat dann die Wahl, ob er, um zu seinem Gelde zu kommen, einen Selbsthilfe- oder Deckungsverkauf vornehmen will. Voraussetzung dieser Befugnis ist natürlich, daß es sich um einen Vertrag handeln muß, der beide Möglichkeiten zuläßt, d. h. um einen Kauf- oder Werklieferungsvertrag. Nach dem ADHGB. war es so gewesen, daß der Selbsthilfeverkauf beim Annahmeverzug im Ermessen des Verkäufers bestand, während er beim Zahlungsverzug Vorbedingung für den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung war, und daß, wenn der Käufer sich sowohl in Annahme- wie auch in Zahlungsverzug befand, die Vornahme des Selbsthilfeverkaufes zur Begründung des Anspruches auf Erfüllung wie auch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung diente, wohingegen beim Unterlassen nur

---

315) Staub-Koenige Anhg. zu § 374 A. 30.

auf Erfüllung geklagt werden konnte. Auch heute kann der Selbsthilfeverkauf zur Grundlage des Anspruchs auf Erfüllung wie auch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemacht werden, da sich der Deckungsverkauf in die Form des Selbsthilfeverkaufs kleiden kann. Im Gegensatz zum früheren Recht ist aber sein Unterlassen von keiner Bedeutung bei der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs, da der Deckungsverkauf auch formlos erfolgen kann.

Wenn der Verkäufer die Wahl zwischen dem Selbsthilfe- und Deckungsverkauf hat, wird er in der Regel Folgerungen aus dem Zahlungsverzuge ziehen. Erstens hat er dann nur die Frist des § 326 BGB. zu setzen, ist aber sonst von der Befolgung von Formvorschriften entbunden, während beim Selbsthilfeverkauf mannigfache Formen zu beobachten sind, deren Einhaltung vom Käufer scharf kontrolliert wird, und zweitens kommt ihm, da der Verkauf auf Rechnung des Verkäufers erfolgt, ein gegenüber dem ursprünglichen Vertragspreis sich ergebender Mehrerlös selbst zugute. Auch wenn der Verkäufer zuerst erklärt hat, einen Selbsthilfeverkauf vornehmen zu wollen, kann er von dem darin erhaltenen Erfüllungsbegehren abstehen und die Rechte aus der Nichterfüllung des Vertrages geltend machen, wenn er zuvor die Frist des § 326 gesetzt hat. Falls der Verkäufer die Rechte, die ihm aus dem Annahmeverzuge erwachsen, ausübt, braucht er seinem Käufer keine Nachfrist zu bewilligen, sondern muß nur den Selbsthilfeverkauf dem Käufer vorher androhen. Zur Grundlage des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung kann er aber nicht gemacht werden, da dazu eine Nachfrist erforderlich ist.

Zu beachten ist, daß der Verkäufer nicht Folgerungen aus dem Annahme- und Zahlungsverzug zugleich ableiten kann. Im Falle einer Klageerhebung kann der Verkäufer daher seine Klage nicht gleichzeitig auf Zahlung eines Anspruchs aus § 373 HGB. und auf Zahlung des Unterschiedes, der sich bei einem Deckungsverkauf zur Feststellung des Schadens wegen Nichterfüllung ergeben hat, stützen, da nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 236 Abs. 1 Satz 1 BGB. mit der Wahl des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung das ganze Vertragsverhältnis umgewandelt ist. Nur fürsorglich ist es möglich, den Antrag auf § 373 dem auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach-

folgen zu lassen (§ 260 ZPO) [316]). Ferner ist der Uebergang von einem Anspruch auf den andern während des Prozesses nicht gestattet, da dies eine Klageänderung bedeuten würde [317]) die jedoch im Gegensatz zu früher wirksam ist, wenn das Gericht sie für sachdienlich erachtet (§ 264 ZPO.).

316) RG. Bd. 57 S. 107.
317) JW. 1913 S. 47 Nr. 37.